Law Reform Commission of Canada

Working Paper 7

diversion

January 1975

© Minister of Supply and Services Canada 1977

Available by mail free of charge from

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada K1A 0L6

Catalogue No. J32-1/7-1974
0-662-00823-5

Notice

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman
Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman
Dr. J. W. Mohr, full-time member
Dr. Gérard V. La Forest, Q.C., full-time member
M^{me} Claire Barrette-Joncas, Q.C., part-time member
John D. McAlpine, part-time member

Sentencing and Dispositions project staff

Keith B. Jobson, B.A., B.Ed., LL.B., LL.M., J.S.D., director
Pierre Landreville, B.Sc., M.Crim., Ph.D.
W. F. McCabe, Diploma S.W.
Mark Krasnick, B.A., LL.B.
Calvin Becker, B.A., LL.B., LL.M.

Consultants

Judge René J. Marin
Bruno Cormier, M.D., D.Psy., Psy.(Q).
R. J. McCaldon, M.D., D.Psy., F.R.C.P.(C).
Prof. Allan Linden, B.A., LL.B., LL.M., J.S.D.
Jean-Louis Baudouin, B.A., B.C.L., D.J., D.I.C., D.E.S.C.
Louise Arbour, B.A., LL.L.
Kathryn Barnard, B.A.
Douglas Betts, B.A.

Table of Contents

PAGE

Foreword 1

Diversion 3

Diversion: A Matter of Restraint 3

How Broad is the Term "Diversion"? 4

Community Absorption 4
Screening 4
Pre-trial Diversion 4
Alternatives to Imprisonment 4

Diversion at what Stage? 5

The Community 5
The Police 6
Pre-trial Diversion 8
The Court 12

Issues in Pre-trial Settlement 14

Should a Charge be Laid? 15
Should Consent be the Basis of Pre-trial Settlements? . . . 16
Should the Offender be Required to Admit Responsibility? 17
How are Cases to be Terminated? 18
Is there "Double Jeopardy"? 19
Is there a Right to a Speedy Trial? 20
Will the Rules of Evidence Apply at Pre-trial Settlements? . 20
Will the Accused in a Pre-trial Settlement Have a Criminal Record? 20
How to Assure Equal Consideration in Diversion 21
Should Pre-trial Settlements be Conducted in Public? . . . 21
Will Diversion Programs Save us Money? 22

Conclusion 23

Foreword

In developing more detailed proposals on the basis of *Principles of Sentencing and Disposition* (Working Paper No. 3) the Commission has already issued working papers on *Restitution* and *Compensation* (No. 5) and *Fines* (No. 6). The present working paper on Diversion has to be viewed in the context of these other papers.

The Commission has been engaged almost from its inception in exploring and developing the possibility of diversion and has conducted a major experiment which is described in the background volume, "*Studies on Diversion*".

An examination of Diversion and its place in the administration of criminal justice is necessary for several reasons. Too many forms of socially problematic behaviour have been absorbed by the criminal law in recent history and this trend needs to be reversed. One way of doing so is through the process of decriminalization–the elimination of offences. This approach unfortunately has not shown itself to be always successful. Even when offences are eliminated, problematic behaviour often remains, has to be dealt with, and may lead to the use of other charges. Diversion, in this context, represents an approach which recognizes that problems exist and cannot just be defined away but seeks solutions which minimize the involvement of the traditional adversary process and maximize conciliation and problem settlement. The full force of the criminal process can thus be restricted to offences which raise serious public concerns.

The working paper attempts to define the various stages of diversion in order to clarify where and when certain procedures may apply. It concentrates on the pre-trial stage where diversion can be developed as a formalized option. However, it does make the important point that there is a responsibility at each stage to justify the further use of the criminal process. The paper recognizes that behaviour such as fights within the family or between friends as well as certain property offences may or may not be defined as "criminal" depending on available solutions in the community. It also recognizes that the police serves many functions and that they too will define and process some forms of "crime" in the light of their own resources. In many ways the paper attempts to build on the best practices already in use and recommends that these practices be extended and legitimated as viable options in the administration of criminal justice.

In order to structure the process of diversion more formally and more concretely, three things are necessary. First, the practice of diversion needs to be extended and documented within the limits of the present legal framework. Secondly, the Commission is engaged in procedural studies in the pre-trial area, one of which, *Discovery* (Working Paper No. 4), has been completed but others are still in process. Thirdly, before recommending specific changes the Commission needs extensive feedback on the basic outline of Diversion as presented in this paper. Diversion, even more than other measures of disposition in criminal cases, depends on the understanding and cooperation of the public and we therefore urge the public to express its views to the Commission.

Diversion

1. Diversion: A Matter of Restraint

Most criminal incidents do not end up in the courts. Decisions by the victim or a by-stander not to call the police or the exercise of discretion by police not to lay charges, but to deal with the incident in another way, or a decision by the prosecutor to withdraw the charges are as old as the law itself. In some cases, dealing with trouble in a low key is far more productive of peace and satisfaction for individuals, families and neighbourhoods than an escalation of the conflict into a full-blown criminal trial. In resolving conflicts within the family, between landlords and tenants, businessmen and customers, or management and labour, citizens and police have always been reluctant to use the full force of the criminal law. This absorption of crime by the community, police screening of cases out of the criminal justice system, settling of incidents at the pre-trial level, or using sanctions other than imprisonment are examples of what is commonly referred to as diversion.

Underlying diversion is an attitude of restraint in the use of the criminal law. This is only natural for restraint in the use of criminal law is demanded in the name of justice. It is unjust and unreasonable to inflict upon a wrong-doer more harm than necessary. Accordingly, as an incident is investigated by police and passed along the criminal process an onus should rest upon officials to show why the case should proceed further. At different stages in the criminal justice system opportunities arise for police to screen a case from the system, the prosecution to suspend charges pending settlement at the pre-trial level or the Court to excercise discretion to withhold a conviction or to impose a sanction other than imprisonment. At these critical points within the criminal justice system, the case should not be passed automatically on to the next stage. The principle of restraint requires that an onus be placed on officials to show why the next more severe step should be taken.

Placing such an onus on officials would be a departure from existing law and practice in some respects, but it is completely in accord with reason and justice. Since all sanctions are imposed only at a cost in human and financial terms, it is reasonable that such costs should not be imposed needlessly. Instead of automatically proceeding from complaint to arrest to charge, trial, conviction and imprisonment, it makes sense to pause and justify proceeding to the next more serious and costly step. The amendments in the law of bail and provision for conditional or absolute discharge are in

part a recognition of the need to proceed with restraint and to justify further proceedings. Placing an onus on officials to justify proceeding to the next step gives effect to the principle of restraint, encourages diversion in appropriate cases and makes decision to divert visible and accountable.

2. How Broad is the Term "Diversion"?

From what has just been said the term diversion is used to cover programs serving a wide variety of functions:

(1) *Community absorption:* individuals or particular interest groups dealing with trouble in their area, privately, outside the police and courts.

(2) *Screening:* police referring an incident back to family or community, or simply dropping a case rather than laying criminal charges.

(3) *Pre-trial diversion:* instead of proceeding with charges in the criminal court, referring a case out at the pre-trial level to be dealt with by settlement or mediation procedures.

(4) *Alternatives to imprisonment:* increasing the use of such alternatives as absolute or conditional discharge, restitution, fines, suspended sentence, probation, community service orders, partial detention in a community based residence, or parole release programs.

When "diversion" is used to refer to such a wide range of functions as indicated above, care is needed in specifying just what type of diversion is under discussion. No one definition of diversion seems capable of comprehending everything done in its name. It is often said, for example, that diversion is designed to take or keep a case "out of" the criminal justice system. It can readily be seen, however, that this is not always so. In most diversion programs, the client or offender has at least entered the criminal justice system to the extent that the police take action or charges are laid. This is so even where the case is referred by police to such community agencies as hospitals, schools, or children's services. Thus, some persons say that diversion is really any attempt to lessen or minimize contact between the offender and the criminal justice system. Hence, dispositions that serve as alternatives to jail are called "diversion". In this sense diversion is hardly a directing "out of" or "from" the criminal justice system. Only where community organizations, institutions, families, or individuals deal with trouble privately, is there truly diversion "from" the criminal justice process.

Programs designed to improve the capacity of the individual, the family, the school or community to handle its own troubles may be more properly seen as "prevention". A dispute, quarrel or other anti-social conduct should not always be looked upon as an excuse to use the criminal law or

even to refer a case to institutional health or welfare facilities. "Prevention" may often best be accomplished by programs that encourage and strengthen the citizen's or community's resources and capacities to deal with trouble on an informal basis outside the criminal justice, health or welfare systems.

While diversion has been used in some jurisdictions to refer to a policy of minimizing contact with the criminal justice system from arrest through bail, sentence of imprisonment and release on parole, the concern in this paper is with pre-trial diversion. The Working Paper on Imprisonment suggests guidelines for the exercise of restraint in the use of correctional facilities through sentencing and release procedures. As indicated in the next section, diversion operating privately in the community, the school, the shop, or the market place is really absorption or prevention, and as such related to, but outside of the criminal justice system. Police screening and pre-trial diversion are clearly within the scope of criminal dispositions and deserve special recognition at this time.

3. Diversion at what Stage?

(1) *The Community*

To the extent that they are intended to deal with cases without resorting to the criminal justice system at all, diversion programs tend to operate in the community as private systems. For many years, for example, professional bodies have had the power to discipline their own members for offences that could be termed criminal. In more serious cases the offence may be dealt with both by the professional body and the criminal courts. Universities and, above all, schools have a long history of bringing "in-house" offences before their disciplinary boards rather than calling in the police. Large businesses have private security forces and may deal with thefts, frauds and other damage as management problems without referring the matter to the courts. Housing developments, too, are turning to private security forces to handle an array of problems independently of the official criminal justice system. Indeed, private security forces now outpace the police in numbers and growth.

Private security forces, however, do not always absorb conflict or criminal incidents or deal with them independently of the criminal justice system. In some cases large institutions apprehend and investigate minor offences that take place on their premises but use the courts in order to get a final solution. The private security force ends up as a funnel to divert minor cases into the courts. In some cities such an organized use of the criminal courts by industrial or corporate persons adds considerably to the workload of the criminal justice system.

Organized attempts to use community based alternatives to the criminal justice system are becoming increasingly common and are used by police and

others as a means of diverting offenders from criminal processes. Detoxication centres, drug crisis centres, family crisis centres, youth service bureaus and various mental health clinics, among others, offer care, information, advice, counselling or referral services to people in trouble.

As already indicated, dealing with trouble privately is still the norm in our society. Furthermore, unless the power and interest of the state is to be greatly expanded into what has hitherto been regarded as the private realm, no case can be made for expanding criminal processes to include conflict resolution by institutions or private agencies. This is not to deny a public interest in knowing that these private systems operate fairly and are not oppressive to the individuals concerned.

(2) *The Police*

Police exercise their discretion to screen cases out of the criminal justice system. Very often this may be the case with juveniles or young offenders. It is not a new function for the police. They have always exercised a discretion not to lay a charge but take a youthful offender home to his parents and let him go with a warning. Similarly, in some driving offences, cases involving alcohol or drugs, incidents of disorderly conduct, or deviant behaviour suggesting mental illness, among others, the police have used their discretion to reprimand, counsel, mediate or settle cases, or to refer the incident out of the criminal justice system to health, welfare, or other agencies without further action being taken. Such screening is a recognition that the community does not always expect the police or others to deal with minor conflict or trouble through arrest and prosecution.

Is police discretion in screening cases out of the criminal justice system consistent with the ideal of equal justice under law? If A and B come to the attention of the police and the circumstances of the two are not distinguishable, then A and B should be treated alike. If A is screened out it would be unjust to proceed with charges against B unless different circumstances warrant a different disposition. In other words the decision to lay charges in one case and to screen out in the other must have some rational basis that will stand up to examination. The policies upon which the decisions are based should be stated publicly and followed in individual cases. Such policies should, as far as possible:

(a) identify situations calling for charge rather than screening out;

(b) establish criteria for the decision to charge rather than screen out;

(c) require a charging option to be followed unless the incident can be screened out.

Situations that might well be screened out rather than dealt with by charge are identifiable from current police practices, and include among others:

(a) incidents involving juveniles or the elderly;
(b) family disputes;
(c) misuse of alcohol or drugs;
(d) incidents involving mental illness or physical disability;
(e) nuisance-type incidents.

Criteria to be considered in deciding that a charge should or should not be laid might include:

(a) The offence is not so serious that the public interest demands a trial.
(b) The resources necessary to deal with the case by screening out are reasonably available in the community.
(c) Alternative means of dealing with the incident would likely be effective in preventing further incidents by the offender in the light of his record and other evidence.
(d) The impact of arrest or prosecution on the accused or his family is likely to be excessive in relation to the harm done.
(e) There was a pre-existing relationship between the victim and offender and both are agreeable to a settlement.

The assumption is that police and prosecutors should continue to exercise discretion not to lay charges in proper cases, and that such use of discretion should be increased. The equal application of justice under law at this level should be encouraged through the development of express policies and criteria as indicated above. In the background, awaiting the outcome of decisions to charge or not to charge, is the court. It, too can have an influence on pre-trial practices so as to encourage equal justice under law. As indicated later, it is not suggested that the court should supervise or control prosecutorial policy. At the same time, should cases be presented to the court that do not appear proper for prosecution considering the express policies and criteria governing the laying of charges and prosecutions, the court would always be able to enter an absolute or conditional discharge. Thus, indirectly, the position of the court as a back-stop, so to speak, should encourage equal application of prosecutorial and police discretion in laying charges and prosecuting cases.

The Commission is well aware that to ask police forces to screen out cases according to stated policy and guides for decision is to break new ground. It may be difficult and frustrating in some cases to develop such policies or guides. Yet, if the administration of justice is to be visible, fair and accountable, there can be no turning away from this task. Clearly, if the policies and guides are to be workable and fit the reality of the local

community, police forces and crown prosecutors across the country should have an opportunity to share in their development.

The Commission is also aware that carrying out a screening policy with some degree of uniformity and consistency may require additional police resources. Whether the screening should be done at the police station level and whether the additional police manpower should have any special training or experience are questions that deserve consideration.

It should also be noted that if restraint in the use of the criminal process is to be successful at the police level, society must reward police for making screening decisions. At present the incentives and rewards open to police encourage the laying of charges, not screening out. Police forces are judged on their "clearance" rate – how many charges laid. Budgets tend to be tied to the notion of law enforcement and charges laid rather than the less visible social service and screening aspects of police work. Overtime is paid for appearing in court as a witness, and in some cases this can act as a considerable financial incentive to charging and keeping a case before the courts. Not only performance, budgets and payment for overtime but policies for promotion and advancement as well must be used so as to reward, to a greater extent than is now the case, police work and decision-making at the social service and pre-trial level.

(3) *Pre-trial Diversion*

Once a complaint has been laid and carried before a justice of the peace, he endorses the complaint thus converting it into an "information". It is the information which is the basis of the criminal prosecution. Under law, the prosecution of cases is under the control of the Attorney-General. The courts have very little control over decisions by the Crown to proceed with cases, to drop charges, to suspend charges or to enter a stay of proceedings. If the conduct of prosecutions leaves something to be desired, the remedy lies in public criticism in the press or in the legislature. The judicial branch, historically and constitutionally, has been kept separate from the executive branch of government in this respect.

It is the crown prosecutor, then, not the police, who has legal responsibility for laying charges and conducting prosecutions. In practice the day-to-day business of deciding whom to prosecute and on what charge is left to the police. Often the prosecutor will not know anything about a case until he walks into the courtroom and is handed a sheaf of cases for prosecution that morning. If he has time, considering the evidence and the law, he may then decide that the charge ought to be changed or the prosecution discontinued. For the most part, however, experienced police officers have developed a professional expertise in these matters that enables busy prosecutors to delegate to them the day-to-day decisions in laying charges. In

serious cases or cases otherwise raising a doubt, the police will consult the prosecution as to the correct charge. The existence of prosecutorial discretion to select cases for prosecution, to pick the appropriate charge, to vary or withdraw charges, delay or simply stay proceedings is not in doubt.

The principle of restraint should also apply at the prosecutorial level. The proposals for pre-trial settlement in this paper would encourage the Crown to exercise its traditional power to select cases for prosecution in court. While a charge has been laid, is it necessary that the further stages of trial, conviction and sentence be followed in every case? Can some cases be dealt with formally within the criminal justice system, at the pre-trial level, without going any further? On an *ad hoc* basis the Crown, in some areas does withdraw charges upon representations by lawyers for the defence indicating that the accused is deserving of leniency and has agreed to make restitution and pay back the harm done. Particularly where the victim is agreeable to such a disposition, the Crown may then decide that the public interest does not demand a prosecution and agree to drop the charges. Not only in cases of damage to property, but cases revealing an element of mental illness, very youthful or elderly offenders, or cases which under the circumstances are more a social dispute than a major criminal offence, may, with the consent of the victim and the prosecutor, be dealt with by way of settlement. The agreement by the offender in such cases may be to make restitution, to undergo counselling, treatment or to take up training, education or work programs for a stated period.

Such pre-trial settlement or intervention is consistent with the principle of restraint, but in the name of justice and equality deserves to be put on some rational and organized basis. This means that a policy of pre-trial intervention be publicly stated and that such policies, in so far as possible should:

(a) identify situations calling for pre-trial intervention rather than trial; and
(b) establish criteria for the decision to proceed to trial rather than to divert the case for settlement.

It is not likely that pre-trial settlements should be restricted to specific offences such as theft under $200.00, shoplifting, and so on. The labels that we hang on offences frequently cover a very wide range of circumstances. For example, should a young man open his neighbour's door and remove a bottle of Scotch from the table, this is an offence of break and entry as well as theft. In all probability, however, the circumstances would not be so grave as to prohibit a pre-trial settlement providing the neighbour, offender and prosecutor were content with that type of disposition. It is even difficult to rule out offences of violence against the person, for the most common offence in this category is assault. As indicated by the research in East York,

in almost eighty percent of assaults the victim and offender knew each other either in a family context, or in a neighbour or acquaintance relationship. Other data shows that assaults often arise out of drinking or other social situations.

Particularly where there has been a prior relationship between the victim and offender and where such relationship is likely to continue despite the criminal event, pre-trial settlement or diversion may be appropriate. Indeed, the policy underlying pre-trial settlement should permit settlement without restriction as to specific offences, but impose a limitation in those cases where the public interest is so great that pre-trial settlement would depreciate the seriousness of the offence or the general preventive effect of the law.

Inevitably this will mean, to some extent, that in some areas of the country certain events will be thought proper for diversion while in others the same incidents may be proceeded with to trial. This can be objected to on the ground that it does not promote equal justice for all. It should be recognized, however, that equal justice is not an absolute to be pursued to the exclusion of all other values or considerations. If the resulting inequality is not gross it may be worthwhile to put up with it in order to secure other desirable objectives. One such objective in the criminal justice is to permit innovation. Probation, for example, was a direct result of such innovation by the judges and only later did the practice receive legislative recognition. Accordingly, some local variation in rather minor matters should be permitted despite its conflict with the ideal of equal justice under law. Under such a policy it is hardly conceivable that murder, rape, and robbery, for example, would be diverted to pre-trial settlement. The public interest in these types of cases is very high and, even if the victim and offender were agreed that under the circumstances such an offence could be dealt with without going to trial, other values would weigh in favour of public prosecution. The administration of justice is to some extent a local matter and ought to reflect local values and encourage innovation, but not at the expense of larger social interests.

In order that the decision to divert certain cases for settlement be visibly fair and accountable, however, criteria for guiding the pre-trial settlement decision should be developed. In most areas of the law affecting individual liberty or property, where it is possible and feasible to do so, the policies and criteria governing decision-making are articulated and written down. This becomes even more important should pre-trial settlement become an official part of criminal dispositions, as we recommend, and its administration is to be above charges of discrimination or partiality. If pre-trial settlement were made visible, and broad criteria of eligibility and procedure were introduced, risk of unequal exercise of discretion would be reduced. There would be a better understanding of why discretionary

decisions are made and the purposes of the criminal law would become more clear and satisfying to participants and observers alike.

The danger exists that in attempting to reduce practice to writing, the resulting guidelines will be unrealistic. This in turn may distort existing practices and produce pressures on officials to ignore the guidelines and return to their former practices. Experience with the Bail Reform Act is an illustration of the need to proceed with the help and experience of police and others in trying to capture discretionary practices and write them down as guides to future action.

In attempting to give express recognition to police or prosecutorial discretion not to proceed with a case, one problem arises from the nature of police and prosecution work itself. As with other institutions, criteria for decision-making are to some extent shaped by the internal workload, working conditions, and policies of the organization itself. Criteria for police or prosecution use in screening or diverting cases may not be particularly focussed on the victim as the Commission thinks they should be. Rather, the demand to get the job done on time, or to handle the case in such a way as to obtain recognition or promotion, reporting requirements, or the shortage of manpower may all have more effect on the decision to proceed with a case than the more ideal purposes of criminal justice. Another factor that may inhibit police in using discretion in this regard is the fear of public criticism that the discretion is exercised on an improper basis.

Keeping in mind the necessity for sound police screening practices, the need to give a role to victim and the community interests in dispositions and the need to take advantage of police and prosecutorial experience, the following factors may be useful in developing a set of guidelines for pre-trial diversion programs:

(a) the incident being investigated cannot be dealt with at the police screening level;
(b) the circumstances of the event are serious enough to warrant prosecution, and the evidence would support a prosecution;
(c) the circumstances show a prior relationship between the victim and offender;
(d) the facts of the case are not substantially in dispute;
(e) the offender and victim voluntarily accept the offered pre-trial settlement as an alternative to prosecution and trial;
(f) the needs and interests of society, the offender and the victim can be better served through a pre-trial program than through conviction and sentence;
(g) trial and convictions may cause undue harm to the offender and his family or exacerbate the social problems that led to his criminal acts.

It should be emphasized that none of these criteria would affect the existing power of the prosecutor to withdraw charges or affect the power of the court to dismiss charges, should the prosecution be resumed, or to enter an absolute or conditional discharge.

(4) *The Court*

At a fourth stage the principle of restraint in using criminal processes and sanctions can be exercised by the judge. The court has a very wide power to impose a sentence other than imprisonment such as absolute or conditional discharge, restitution, fine and probation. In addition, other community based sanctions deserve consideration such as community service orders. While community based sanctions will be the subject of another Commission Working Paper, it may be useful to make one or two observations at this point. While judges may say that they do presently exercise restraint and imprison only as a last resort, it is difficult to assess that position. First of all in sentencing we have not developed good data collection. Judges do not get good statistical feedback on their sentencing practices, nor can they compare them with sentencing practices in neighbouring courts. For example, while we say that in cases of possession of marijuana few are prosecuted and almost none go to jail, yet in 1973, approximately 800 young persons were imprisoned for this offence in Canada. Thousands of others were not. What made the 800 cases an exception? Good data collection would enable us to give an explanation. Imprisonment is supposed to be used as a last resort, but the most recent published data by Statistics Canada, on an all-Canada basis showing imprisonment in cases of summary conviction under the Code is for 1968. It shows that for some assaults, obtaining food and lodging by fraud, and other minor offences, from 10 percent to 38 percent of dispositions were by way of imprisonment. Can the principle of restraint be made more effective by established policies, standards and guidelines for judges in sentencing, followed up by efficient data collection and feedback on sentencing practices?

In addition, isn't there room for sanctions enabling convicted persons to work, and in some cases to use part of the wages for restitution to the victim? If surveillance is necessary in some cases, can greater use be made of community residential centres and week-end detention so as to enable the offender to continue his job and maintain constructive links with the community?

At the court level the principle of restraint, as the Commission states in its Working Paper on Imprisonment, requires a more careful application, particularly in the use of imprisonment. In Canada there is a high rate of imprisonment compared to other countries. In addition, we usually send persons to prison not because of crimes of violence, but because of

convictions for property offences, offences against the public order or other offences not involving violence to the person.

Almost fifty percent of men imprisoned in provincial and federal institutions are imprisoned for non-violent offences against property. Most of these persons are young, unemployed or underemployed at the time of the offence and rather poorly educated. Among these non-violent offences, the average loss in individual offences is below $200.00 and a $500.00 "haul" represents a big case. About 50 percent of the victims in these property offences resulting in jail terms are not individuals but corporate bodies: businesses, schools, or institutions. Fourteen percent of first offenders convicted of a non-violent offence against property go to jail. Fifty percent of second offenders in this category go to jail.

At the same time we realize the limits of imprisonment in reducing recidivism. The deterrent effect of sanctions generally is perceived to be low and not surprisingly so when it is realized that in non-violent offences, the percentage of crimes cleared by police is low. The deterrent or educative effect of the criminal law is probably found in the certainty of arrest and publicity of the process rather than the increased severity of imprisonment as compared to a community based sanction.

If imprisonment is restricted to those whose crimes pose a serious risk to the life or limb of others, to those whose crimes are so reprehensible that deprivation of liberty is the only adequate response, or to those who refuse to pay fines or comply with other voluntary sanctions, then we must contemplate sentencing many more men to community based dispositions.

Such dispositions might well address themselves not only to the question of restitution to the victim and adequate supervision in the community but to the equally important question of upgrading the offender's economic and social skills. This will mean a substantial increase in the demand for community based health services, job training programs, work, counselling, residential and other social services. This is not to suggest that community based dispositions will greatly reduce crime, but simply to suggest it probably is less wasteful, less destructive of human dignity and more likely to bring improvement in individual cases than imprisonment. For the victim, community based dispositions should at least bring restitution and compensation, and society will likely find that its interests and security are reasonably protected as well.

If we are prepared to have an increase in community based dispositions, it becomes important to see whether community resources can handle this change in practice. Specifically, are there programs available in the community for supervising offenders in doing work such as cleaning up waste from public areas, assisting the elderly in clearing snow from sidewalks, and so on? Are there sufficient counselling services to give young people advice

and training in life skills, in making job applications and holding a job? Are there enough family counselling services, psychiatric services or job training programs?

Not only is there a need for the local community to do an inventory of its services and organized programs available to the court or police, there is a need as well to consider the adequacy of the delivery system. Is it enough simply to have an office downtown or a telephone number in the book? Are there sufficient personnel, volunteers as well as paid professionals, to see that these services are used to advantage by offenders?

4. Issues in Pre-trial Settlement

While the Commission is of the view that restraint in the use of the criminal law should be exercised at each of the four stages of the criminal process, particular attention in this Working Paper will be given to the relatively new suggestions for diversion in the form of pre-trial settlement.

This alternative disposition should be consistent with the values and principles set out in earlier Commission Working Papers, particularly Working Paper No. 3, The General Principles of Sentencing and Dispositions. One of the prime values society seeks to promote is the freedom and dignity of individual members of society. This value is promoted through law, including the criminal law which is called in by way of support only as a last resort. In using the criminal law, however, restraint is needed in order to maximize freedom and human dignity within society. Diversion is desirable to the extent that it maximizes such freedom and dignity, and it will tend to do so where the criteria already referred to are met and where the processes of the criminal law are used with restraint and directed towards the reconciliation of the offender with the victim and society. Finally, diversion should be formalized to the extent that it is necessary to achieve procedural fairness in the making of decisions to divert and to the extent that such decisions be visible and accountable.

In the light of these values and other considerations, the Commission offers the following outline as a basis for discussion.

While encouraging the development of sound police and prosecutorial discretion not to charge, there should also be room for mediation or settlement of some cases after charges have been laid. In all cases the court would be available as a backstop to divert through discharge those cases that may have been brought up for prosecution despite their apparent eligibility for pre-trial diversion.

Pre-trial settlement decisions ought to be under the control of the Attorney-General through the crown prosecutor. Since it is undesirable to build up another correctional bureaucracy at the pre-trial level, it is suggested

that once the decision to divert the case for settlement is made, the case be referred out to a community agency or service. It would be the responsibility of the agency to bring the victim and offender together and work out a suitable settlement. Preferably, the settlement should take the form of a written agreement or contract clearly setting out the terms to which the offender is bound. The agency would also be responsible for seeing that the contract was carried out and reporting to the prosecutor on the progress of the case. If the offender failed to carry out the agreement, the prosecutor would have to be satisfied that there was a wilful default and be prepared to make a decision to resume criminal proceedings against the offender. If the contract were satisfactorily performed, the prosecutor would withdraw the charges. On the basis of this proposed model some particular issues should be examined.

(1) *Should a Charge be Laid?*

If the criminal law processes are to be used with restraint, pre-trial settlement procedures should not depend on vague allegations of wrong-doing, delinquency or deviant conduct. As growth in pre-trial settlement programs continues, there is a real risk that police screening practices will be relaxed and large numbers of persons who formerly would have been dealt with outside the criminal justice system will now be brought into formal pre-trial diversion programs. Were this to happen it would be unfortunate. While the criminal justice system, including any proposed pre-trial settlement program, may have a general deterrent or a general preventive effect, its use for this purpose or for the purpose of rehabilitation must be exercised with restraint. Indeed, as indicated in earlier working papers, the best way of dealing with some offences may often be to do as little as possible. For this reason it would be unfortunate if pre-trial diversion were used as a means whereby a larger and larger proportion of people in trouble were discouraged from handling their own problems and encouraged or obliged to turn to state-run criminal justice programs.

One way to reduce court intake of minor offences would be to decriminalize certain offences. Yet to take certain conduct right out of the criminal law does not always result in a satisfactory solution. The objectionable conduct remains to be dealt with somehow by health or social welfare law, or by private suit in civil court or, perhaps, through insurance. To the extent that conduct does remain within the reach of the criminal law, however, one way of ensuring that pre-trial diversion schemes do not needlessly bring individuals into the criminal justice system is to require that a charge be laid.

The requirement of a charge would also make it easier to put teeth into a pre-trial settlement law. If the settlement agreement breaks down it may be desirable to resume criminal proceedings. Laying the charge prevents any

limitation date from running out, and the charge also lays the basis for informed consent.

(2) *Should Consent be the Basis of Pre-trial Settlements?*

Recognition of the inherent dignity of man and his capacity to make choices affecting his welfare, and the need for reconciliation between victim, offender and society require that pre-trial settlements be based on consent—the consent of the victim, that of the offender and of the Crown.

In the interests of justice, neither victims nor offenders should be denied the right to have the case go forward to the court. As a general rule the victim, as citizen, should not be denied his right to lay a private information even if the Crown does not think the case merits a public prosecution.

Even where prosecutorial policy is not to proceed with charges in certain types of cases, as in family quarrels, or shoplifting, for example, the complainant might still be left with the opportunity to lay a private information and proceed on his own in the criminal courts. Under present law, however, the Crown is able to take over or suspend such private prosecutions. In addition, unnecessary prosecutions may be tempered by the power of the court to grant an absolute discharge. The fact that restitution or settlement was offered by the offender, but refused, would thus be a factor to be considered in sentencing and dispositions.

Nor should an offender be denied the opportunity to plead not guilty and seek an acquittal in the courts. At the same time, serious cases should not be hidden from public prosecution simply because the victim and offender prefer a private settlement. The Crown in the public interest may well decide that the case is one that should be heard in the criminal court.

What kind of consent is adequate for a diversion program? Is it sufficient, as in probation and parole, to ask the offender whether he agrees to such a disposition without taking much time to explain what is involved? The extent to which safeguards might be expected in the matter of consent, must, in part, be measured against the risks involved or the rights to be waived by consent.

At present, if complaints of criminal wrong-doing are brought against an accused by police, he has a right to know specifically what offence is alleged; it is not enough to make vague references to delinquency or anti-social conduct. In addition, if the accused is arrested he has certain rights to bail, and if he is detained in custody he must be brought before a magistrate within twenty-four hours or within a reasonable time. Upon being questioned by police, the accused, in general, need not give answers but if he does, subject to the required warning about evidence being used against him,

there is no general right against self-incrimination. Accordingly, whereas the consent of the offender to enter into a diversion or settlement agreement makes sense from a correctional or rehabilitative point of view it carries important legal implications for the accused, particularly in so far as it may affect his right to a trial, or encourage him to waive his right to remain silent. In addition, under present law, despite any undertaking the Crown may give, any statements made in the course of the pre-trial settlement would probably be admissible in criminal proceedings at a later stage.

It goes without saying, that to be voluntary the choice should be made in full knowledge of the facts and of the possibility of charges being resumed should the accused not fulfil his obligations under the program. In other words, a pre-trial diversion program should be based on an intentional, intelligent and voluntary participation by the accused. It is probably not essential to the notion of fairness that an informed waiver of rights be made in open court; it is probably sufficient that the offender be fully advised of his rights in an informal out-of-court appearance.

It should also be fairly clear that a voluntary decision is more likely to be assured where the accused is advised by competent counsel. In this way, persons who feel that they were in no way responsible for the trouble or offence complained about might question the sufficiency of the evidence and avoid being pressured into settlement to avoid a criminal prosecution. No pressure should be put upon the accused to secure his entry into a pre-trial program but, realistically, it may be impossible to prevent persons consenting to a pre-trial program even though they may feel they have done no wrong. No doubt some persons plead guilty in criminal courts now, just to avoid the hassle and delay of a contested trial. Good police work, professional prosecutors and availability of defence counsel should reduce this risk to a minimum.

Objections can be raised against consent on the ground that the choice between pre-trial settlement or trial is not free but induced. The issue, though, is not whether the choice is "free" but whether the choice was presented under oppressive circumstances. It is not the offering of choices to an accused that arouses concern, but the offering of choices under oppressive or unconscionable circumstances.

(3) *Should the Offender be Required to Admit Responsibility?*

Entry into a pre-trial settlement program should not be conditioned upon an admission of "guilt", but on an informal admission of the facts alleged against him. While seeking a guilty plea may be explained as a means of getting the accused to accept his responsibility in the matter and hence an element in his rehabilitation, the same end may be achieved by less drastic means. All that is needed is an informal and out-of-court acknowledgement of

partial or full responsibility for the harm complained about. In addition, to require a pre-trial admission of "guilt" overlooks the fact that it is mediation and settlement, not adjudication, that is needed in some cases and that is why they are considered for pre-trial settlement in the first place.

(4) *How are Cases to be Terminated?*

If pre-trial settlement takes place after a charge is laid, the Crown is in control of the proceedings. It is the responsibility of the Crown then to decide whether or not a case has been successfully completed. If the settlement has been successfully completed, the charges should be withdrawn. While there is nothing in present law to require withdrawal of charges in such a case, in practice the prosecutor would, no doubt, give such an undertaking at the time the pre-trial option was offered to the offender. In this connection an amendment to the law barring prosecution on the same charges or the relaying of charges may help to engender confidence in the kind of pre-trial settlement proposed here. As indicated later, present law does nullify charges that are not proceeded with, but this in itself may not be a sufficient safeguard.

Unsuccessful cases may present greater problems. If the prosecutor is satisfied that the settlement contract has not been completed, what recourse should he have? First, as in fines, it is only in cases of wilful default that the issue of further sanctions should be of importance. Assuming an inexcusable default on the part of the accused, what should be done? Nothing at all? Should the contract be sued on as in civil cases? Or should the Crown resume criminal proceedings against the accused?

There is much to be said for doing nothing at all. Considering that a prior decision would already have been made that the case was not one of such general public importance as to warrant a criminal trial, how much weight should be placed on the fact that the offender does not keep his promises and has not made redress? The chances are probably 50-50 that he won't be heard from again in any criminal matter. If he is proceeded against, his very default is likely to be held against him at time of sentence and lead to a more severe sentence than the original offence may have warranted.

At the same time, there is much to be said for the view that an offender should not simply be allowed to get away with it. If something must be done, is it feasible to enforce the pre-trial settlement contract by using the civil courts? Those who have tried to sue defendants and collect damages in the civil courts may well be skeptical of the right to sue. Typically, offenders are men of little financial means, so that even if a default judgement were obtained, it might not be worth very much. In addition, unless the expense of suing in the civil courts were borne by the Crown, the costs would be a chilling prospect for most victims. Thirdly, the unfamiliarity with enforce-

ment procedures in the civil courts will doubtless act as a deterrent to some victims who then would be left "holding the bag". Offenders, realizing that the law has no teeth, would be tempted to abscond or pay little attention to their obligations under the pre-trial settlement agreement.

Simply doing nothing or relying on civil enforcement does not seem to be satisfactory. While compliance with pre-trial settlement contracts may be expected in the majority of cases, some offenders will not discharge their obligations unless they are made to. In probation, this problem has usually been met in two ways. Wilful failure to comply with the terms and conditions of an order is itself a separate offence, alternatively the defaulting offender can be re-sentenced on his original conviction. On balance, the option of resuming criminal proceedings in the event of a wilful breach of a pre-trial settlement order would probably be desirable.

If proceedings are to be resumed in such a case, what provision should be made for those cases where the offender denies he was in default? In parole, at present, a parole contract may be terminated by the Parole Board and no reasons need be given. As the Commission makes clear in its Working Paper on Imprisonment, however, release procedures having a direct effect on the liberty of the offender ought to be taken fairly. It follows that the decision to terminate a pre-trial settlement contract and to resume criminal proceedings should also be seen to be fair. Among other things, this should mean providing reasons for the termination when requested, and permitting a challenge to the factual basis upon which the decision to terminate was made. In practice, such provisions for fairness are not likely to mean substantial delays in proceeding with cases. As in parole, most offenders are likely to be well aware of any difficulties that may be developing in respect of the pre-trial order and will probably have had various warnings from a supervising officer before the decision to terminate is made.

(5) *Is there "Double Jeopardy"?*

Where breach of a pre-trial settlement order is followed by a decision to terminate the order and resume criminal proceedings, does the offender stand in double jeopardy? Acknowledging that there are various aspects to "double jeopardy", it can hardly be said that to resume criminal proceedings in such circumstances violates the notion that a man should not be charged twice for the same offence. Instead, it is a case of suspended charges being resumed.

What would be regarded as unfair and contrary to public policy would be a resumption of criminal proceedings following a successful completion of a settlement or diversion order. Should such a travesty of justice take place there is probably nothing in existing law to remedy it, except the jurisdiction inherent in the court to prevent an abuse of its process. It is doubtful, however, whether the courts have extensive authority to supervise prosecu-

torial practices to forestall a miscarriage of justice and to secure the confidence of accused persons contemplating diversion. As indicated earlier, there should be a legislative statement providing for a withdrawal of charges and barring further prosecution for that offence once the pre-trial diversion program is successfully completed.

(6) *Is there a Right to a Speedy Trial?*

If charges are laid but suspended during the course of a pre-trial program, can the offender complain that he is being denied his right to a "speedy" or early trial? Such a complaint is difficult to imagine where the accused has voluntarily chosen to enter into the very program that was designed as an alternative to trial. Unlike the United States, Canada offers no constitutional right to an early trial. The law, however, does encourage prosecutors to get on with a case involving a stay of proceedings, for the stay is limited.

(7) *Will the Rules of Evidence Apply at Pre-trial Settlements?*

To the extent that the rules of evidence are designed to keep some kinds of evidence out of the court, there should be no problem. These rules are useful in the adversary process of the court battle but in a mediation or settlement procedure they may find less rigid application. Other adjudicative or settlement forums in labour law, family law or administrative law do not appear to have much trouble in determining what evidence is relevant and material to the issues at hand without getting caught up in the formal rules, or hopelessly lost in irrelevancies.

To the extent that the rules of evidence would permit statements made in the course of a pre-trial settlement to be used against the accused in later criminal proceedings, there is cause for concern. If the policy of the law is to encourage settlements and the keeping of promises, it ought not to be undermined by an unrestricted rule permitting admissibility of statements made in the course of a settlement. This may be ensured by leaving a discretion with the judge to exclude evidence under certain circumstances as outlined in the Commission's Working Papers on Privilege in the law of evidence.

(8) *Will the Accused in a Pre-trial Settlement Have a Criminal Record?*

It is essential to distinguish between what police do in order to keep track of convictions and what employers and others do in asking "do you have a criminal record? ". Most persons would concede that it is useful to the administration of justice for police to keep a record or file showing persons convicted in the courts and that information showing previous convictions

should be available at time of sentence. On the other hand, many people do think it undesirable to discriminate against a person in employment or business practices generally, simply because, at one time, he or she was convicted of an offence.

In pre-trial settlements it will only be common sense to collect basic data on the cases that are dealt with. This does not mean that discrimination in employment practices, for example, should be ignored. Accordingly, the laws relating to criminal records should be reviewed to take into account those persons who may have been charged but diverted to a pre-trial settlement.

(9) *How to Assure Equal Consideration in Diversion?*

How can equal consideration in diversion be assured? What assurance does an accused have that his case has been fairly and properly considered for pre-trial settlement? Rather than think in terms of a "right" to diversion, it may be more helpful to consider the position of the accused at sentence generally. For example, for years the policy of the law has been to encourage the use of probation, particularly in the case of first offenders. This does not give the first offender a "right" to probation, but the policy does require the judge to consider probation as an alternative to imprisonment and does require that a decision to impose imprisonment in such a case be justifiable.

Dispositions, whether pre-trial or after conviction, should be made openly according to stated policy and within express guidelines. In this way decisions become open and accountable. They are made accountable in the sense that the decision may be challenged as being inconsistent with the stated policy or guidelines or made in complete disregard of them. That is, the decision should be open to review, much as some parole and correctional decisions should be open to review.

(10) *Should Pre-trial Settlements be Conducted in Public?*

One of the great assets of our system of law is that trials must be public. Some inroads have been made on this principle in cases of juvenile delinquency and reporting is restricted in some other circumstances. On the other hand, pre-trial negotiations have usually been conducted behind closed doors. A pre-trial settlement, however, involving as it does some stigma and some acceptance of responsibility in the face of a criminal charge, is not a run of the mill pre-trial procedure. The public are entitled to know what harm was done not only to the victim but also to the community. To this extent it is necessary that the circumstances be made public knowledge. It can be said, too, that a public hearing is necessary in order to make sure that the offender or victim is being treated fairly in the settlement process.

While a great deal of weight must be given to the view that decisions be open, visible and accountable, it does not necessarily follow that the actual

process of settlement be conducted in public. The decision to divert to settlement should be public and accountable. Yet the actual working out of the agreement can hardly be done under the glare of television cameras. In labour law and family law, settlements are usually arrived at in lawyers' offices or in some semi-private atmosphere. The decision whether or not to divert those cases involving a high public interest would be a public one. Once the case is designated as suitable for pre-trial settlement, however, it is difficult to see a high public interest in the actual give and take of the settlement process. Since the proposed scheme also depends upon the consent of the victim and offender and contemplates the availability of counsel, it is not likely that individuals could be abused by a settlement arrived at in the semi-private atmosphere of a voluntary agency, for example. On balance, therefore, the Commission is of the view that the decision to divert to pre-trial settlement be open, visible and accountable, but that the actual mediation or settlement process be permitted some degree of privacy.

(11) *Will Diversion Programs Save Us Money?*

The claim is frequently made that diversion is cheap. It is said to be cheaper to use a pre-trial settlement than to proceed to court and conviction. It is said that it is cheaper to use a community based sanction such as probation than to use imprisonment. Such arguments sound plausible. Yet the difficulty of accurately assessing the cost of any program or service in criminal justice is great.

Certainly diversion programs, if they are to be successful, will require the expenditure of large sums of money in new areas, while reducing the demand for services in other parts of the criminal justice system. More money will have to be spent on justice training programs for one thing and increasing staff at the prosecutor's office. Increased demands will be made upon the community for services including probation, child welfare, family counselling, manpower training, special education of different kinds, and medical or health services. Already, probation, for example, or counselling through drug and alcoholic addiction agencies in some communities are overloaded.

To some extent increased manpower requirements in some of these services may be met through increased use of volunteers. Yet volunteers need places to work, professionals to assist and give guidance and resources to work with.

Diversion programs will not solve the problems that lead some people to crime; it will only make it possible to see those problems more clearly and come to grips with them at the community level. Diversion makes it possible for our responses to crime to be more rational, informed, open and selective. Yet it all depends on governments supporting the community and its agencies to make that intelligent response in a timely way.

Conclusion

The continuing interest in diversion is fed by many sources. There is a growing disappointment with an over-reliance on the criminal law as a means of dealing with a multitude of social problems. At the same time we realize that rehabilitation does not provide a full answer to the problem of crime. Increasingly, it is recognized that crime has social roots and sentencing policies must take into account not only the offender but the community and the victim as well.

As research throws more and more light on what actually happens in the name of criminal law, it becomes clear that the court and correctional processes are not able to deal well with many of the cases brought to their doors. The adversary processes of the court are not able to deal adequately with cases that require mediation or settlement. The correctional institutions cannot easily offer services and help that is community based. The victims and offenders and witnesses who are exposed to the criminal processes frequently find them impersonal, frustrating and difficult to understand.

Research also makes it clear that most of the conflict or trouble that could be called "criminal" often is absorbed by the family, the school, the place of work or other branches of community life. Police work is deeply involved in diversion, in finding health and social service solutions to problems that might otherwise end up in courts. Prosecutors have a wide discretion to decide that certain cases be settled at the pre-trial level rather than automatically processed for trial. Increasingly, these practices and others are being given formal encouragement through official programs and projects or through legislation.

There is a need to examine diversion then, not only because it is already upon us and is often the norm but also because diversionary practices can give rise to greater satisfaction between victims and offenders. The general peace of the community may be strengthened more through a reconciliation of the offender and victim than through their polarization in an adversary trial. To put the matter another way, there is a need to examine diversion at this time if only to discover again that there is much value in providing mechanisms whereby offenders and victims are given the opportunity to find their own solutions rather than having the state needlessly impose a judgment in every case.

For these and other reasons, diversion programs have grown up without much direction or control in various jurisdictions and are currently the centre of attention. Yet, in so far as diversion is seen to be an alternative to imprisonment, it may be an illusion. As indicated in the Commission's Working Paper on Imprisonment, if we are to reduce the jail population many property offenders now being imprisoned will have to be sentenced to alternative community based dispositions. Many diversion programs, however, are located at the pre-trial level and are directed to juveniles or young offenders involved in delinquency or near-delinquency that ought not to warrant imprisonment in any event.

Diversion is also seen by some persons not only as a means of reducing imprisonment but also of keeping offenders out of the criminal system in the first place. This, too, may prove to be an illusion unless the principle of restraint is exercised. Under existing law and practice, incidents involving delinquency or other minor trouble are absorbed by the community or dealt with by police and prosecutors without charges being laid or without going to trial. The cases are screened out; they are referred to parents, agencies or hospitals or they are settled informally and are not characterized as criminal in nature. The danger is, then, that thoughtless development of diversion programs will have the opposite effect to that which is intended: they will result in greater, not less, exposure to the criminal justice system. Accordingly, it will be important to ensure that diversion to pre-trial settlements draws upon cases that would otherwise have gone to court. Even then there is a danger that pre-trial diversion will attract only cases that otherwise would have been dealt with by dismissal, conditional or absolute discharge or probation.

The diversion to pre-trial settlement of some young persons would provide an opportunity to engage them in paying restitution, as well as involving them in job training, employment, counselling or training in "life skills" that so many of them lack. As an additional benefit, diversion encourages the community to participate in supporting the criminal justice system to a degree that was not always possible under the trial model. Professionals, para-professionals, ex-offenders and ordinary citizens are encouraged to join the delivery of services to the criminal justice system, for the diversion programs rest upon a community base.

An advantage of diversion procedures is the scope they offer for participation by the victim in resolution of the trouble or harm complained about. If there has been a continuing relationship between victim and offender as is the case in many crimes against the person or property, a procedure which enables the parties to come together and with the help of a mediator arrive at a mutually satisfactory settlement is to be preferred in some cases to the adversarial nature of the court trial.

As already indicated, setting up diversion programs will entail risks. Unless police and prosecutorial screening practices are understood and made visible, there will be the temptation to divert for pre-trial settlement difficult cases that would otherwise have been dealt with without charging. It is important, therefore, that diversion be firmly grounded on sound sentencing principles and governed throughout by the principle of restraint with the onus on officials to justify proceeding with a case to the next more serious level.

Despite the risks involved, the advantages of a pre-trial diversion or settlement mechanism from the point of view of society, the victim and the offender alike warrant encouragement. A pre-trial program, based upon the consent of the parties, operating according to stated policies and express guidelines for decision, and run under the supervision of the prosecution by competent administrators supported by community service programs is recommended. Fairness in procedure is important and to this end it is recommended that the procedures be open and accountable. Counsel should be available to ensure that accused persons fully understand what they are consenting to.

Undoubtedly, legislation would encourage the development of pre-trial diversion programs, although other means such as policy statements or declarations of intent may also serve this purpose. In any event, it is clear that it is useful to gather as much experience as possible before being fully satisfied with any such official statements of policy and direction. In addition, diversion will make a heavy call upon community services and will require increases in personnel and budgets.

To conclude, it appears that the criminal law and its processes are a last and limited resort in dealing with social conflict. When it is called upon to deal with conflict and trouble, the criminal law and its sanctions should be used with restraint, and decisions to proceed with criminal processes should be fair, visible and accountable.

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 7

la déjudiciarisation

Janvier 1975

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1977

Disponible gratuitement par la poste:

Commission de réforme du
droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada K1A 0L6

Nº de catalogue J32-1/7-1974
0-662-00823-5

Avis

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

la commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président
L'honorable Antonio Lamer, vice-président
D[r] J. W. Mohr, commissaire à plein temps
D[r] Gérard V. La Forest, c.r., commissaire à plein temps
M[e] Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel
M[e] John D. McAlpine, commissaire à temps partiel

le personnel de recherche sur les peines et le traitement

Keith B. Jobson, B.A., B.Ed., LL.B., LL.M., J.S.D., directeur
Pierre Landreville, B.Sc., M.Crim., Ph.D.
W. F. McCabe, Diplôme S.W.
Mark Krasnick, B.A., LL.B.
Calvin Becker, B.A., LL.B., LL.M.

conseillers

Le Juge René J. Marin
Bruno Cormier, M.D., D.Psy., Psy.(Q).
R. J. McCaldon, M.D., D.Psy., F.R.C.P.(C).
Prof Allan Linden, B.A., LL.B., LL.M., J.S.D.
Jean-Louis Baudouin, B.A., B.C.L., D.J., D.I.C., D.E.S.C.
Louise Arbour, B.A., LL.L.
Kathryn Barnard, B.A.
Douglas Betts, B.A.

Table des matières

Page

Avant-propos 1

La déjudiciarisation 3

La déjudiciarisation: une affaire de mesure 3

Que recouvre le terme «déjudiciarisation»? 4

Prise en charge par la collectivité 4
Affaires classées par la police 4
Conciliation 4
Solutions de rechange à la peine d'emprisonnement 4

A quel moment intervient la déjudiciarisation? 5

La collectivité 5
La police 7
Conciliation préalable au procès 9
La Cour 13

Problèmes particuliers aux conciliations 16

Doit-on procéder à une inculpation? 17
Le consentement est-il indispensable à un accord de conciliation? 18
Le délinquant doit-il être tenu de reconnaître sa responsabilité 20
Comment procède-t-on à la clôture de l'affaire? 20
Y a-t-il danger de double condamnation abusive? 22
Existe-t-il un droit à un procès rapide? 23
Les règles de preuve s'appliquent-elles normalement aux accords de conciliation? 23
L'inculpé, ayant passé par une procédure de conciliation, devra-t-il avoir un casier judiciaire? 24
Comment assurer un même traitement pour tous en matière de conciliation? 24
Les procédures de conciliation doivent-elles être publiques? 25
Les programmes de déjudiciarisation sont-ils sources d'économies? 26

Conclusion 27

Avant-propos

Dans le cadre de son troisième document de travail, *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence,* la Commission, poussant plus à fond ses recherches, a déjà produit deux autres documents de travail: *Le dédommagement et l'indemnisation* (nº 5) et *L'amende* (nº 6). Le document de travail dont il est ici question traitant de la déjudiciarisation, s'insère dans la tradition établie par les documents précités.

Dès le début de son mandat, la Commission s'est attachée à découvrir et à élargir les avenues de la déjudiciarisation. En outre elle a entrepris une importante étude empirique décrite dans le document de soutien intitulé «*Études sur la déjudiciarisation*».

Un examen approfondi du concept de déjudiciarisation et de l'intérêt pratique de ce concept dans l'administration de la Justice pénale s'impose. En effet, le droit pénal s'est vu par trop confier, ces dernières années, la lourde tâche de conjurer les comportements sociaux dérogatoires. L'on doit mettre un frein à cette tendance, voire la renverser. Pour ce faire, l'on pourrait, en outre, procéder par voie de la «dépénalisation» de l'infraction, c'est-à-dire, l'élimination de certaines infractions. Cependant, à l'expérience, cette méthode n'a pas toujours brillé par ses succès. Malgré l'élimination de certaines infractions, règle générale les comportements correspondants demeurent et exigent une solution appropriée, et non pas leur «redressement» par le recours à d'autres chefs d'accusation. Dans cette optique, la déjudiciarisation des réactions sociales à la criminalité implique la reconnaissance de l'existence de tels problèmes et vise la recherche de solutions réduisant au strict minimum l'intervention des mécanismes accusatoires traditionnels en favorisant la conciliation et le règlement véritable des problèmes à l'origine des comportements dérogatoires à l'ordre social. Ainsi le processus pénal pourrait se dévouer entièrement au traitement des infractions qui soulèvent particulièrement la consternation du public.

Le document de travail tente de départager les différentes étapes de la déjudiciarisation afin de déterminer l'opportunité de recours à certaines procédures de déjudiciarisation. Le document s'attarde principalement au stade des procédures préalables au procès, alors que la déjudiciarisation pourrait, à ce stade, constituer une option qui serait offerte au prévenu. Aussi l'étude souligne que la poursuite aurait à supporter la responsabilité de justifier, à toute étape du procès l'opportunité de recourir au processus

judiciaire traditionnel. Le document reconnaît certes que certains comportements, par exemple les querelles sanglantes au sein d'une famille ou entre amis et certaines infractions sur les biens, peuvent être taxés de «criminels»; cela dépend, toutefois, des solutions offertes par le milieu social ambiant. Le document reconnaît que la police s'acquitte de nombreux rôles et qu'elle aussi est portée à définir et à traiter certains types d'«infractions» suivant les ressources dont elle dispose. Somme toute, le document vise à élaborer des politiques à partir des meilleures pratiques couramment utilisées. Il recommande la libéralisation et la légitimation de ces pratiques afin qu'elles constituent dorénavant une option judicieuse dans les rouages de l'administration de la justice pénale.

Afin de doter le processus de la déjudiciarisation d'une structure cohérente et réaliste, il faut d'abord réaliser certains objectifs préliminaires. Tout d'abord il s'agit de propager et de diffuser le recours à la déjudiciarisation à l'intérieur des structures juridiques actuelles. Ensuite, il est nécessaire d'étudier la question des procédures préliminaires au procès; la Commission est donc aussi à l'œuvre dans ce domaine, ayant complété une première étude à cet effet, *La communication de la preuve* (document de travail nº 4), et s'affairant à finaliser d'autres études en cours. Enfin, avant de mettre de l'avant ses recommandations formelles de réforme, la Commission tient à recueillir de nombreux commentaires relatifs au concept de déjudiciarisation tel qu'il est expliqué dans le présent document. La déjudiciarisation, peut-être même davantage que tout autre mode de règlement d'une cause d'ordre pénal, doit nécessairement faire appel à la compréhension ainsi qu'à la collaboration du grand public. Nous encourageons donc la population à faire part de ses commentaires à la Commission.

La déjudiciarisation

1. La déjudiciarisation: une affaire de mesure

Tous les incidents de nature criminelle n'aboutissent pas devant les tribunaux. Depuis que les lois existent, il y a des victimes ou des tiers qui choisissent de ne pas appeler la police, des policiers qui font usage de leurs pouvoirs discrétionnaires en choisissant une autre solution que l'inculpation, et des pouvoirs publics qui décident de retirer une inculpation. Dans certains cas, il est bien préférable pour la tranquillité de l'ordre public et pour le bien-être des individus, des familles et des collectivités, de traiter les désordres avec mesure sans avoir à mettre en branle toutes les ressources de l'appareil judiciaire. La police et les citoyens ont toujours hésité à faire appel aux dernières ressources du droit pénal pour résoudre les conflits entre divers membres d'une même famille, entre propriétaires et locataires, vendeurs et clients ou direction et employés. L'appellation «déjudiciarisation» désignera donc les incidents réglés à l'intérieur de la collectivité, les affaires non transmises à la justice par la police, les conciliations intervenues avant le procès, ou l'imposition de peines autres que les peines d'emprisonnement.

L'usage que l'on fait de cette déjudiciarisation dans le cadre du droit pénal est une affaire de mesure. Une telle mesure est tout à fait légitime puisqu'elle est inséparable de la justice en droit pénal. Il est contraire à la justice et à l'équité de châtier un malfaiteur plus qu'il n'est nécessaire. En conséquence, lorsqu'une affaire fait l'objet d'une enquête de police et que cette dernière saisit la justice, elle devrait avoir la charge de prouver qu'il était nécessaire que l'affaire suive son cours. A différents moments de la procédure pénale, la police a toujours la possibilité de classer une affaire et la Couronne, celle de suspendre l'inculpation en attendant le résultat de la conciliation ou d'exercer son pouvoir discrétionnaire en retirant l'accusation portée ou en substituant une autre peine à la peine de prison. A ce moment précis de la procédure, il ne serait pas normal que l'affaire passe automatiquement au stade suivant. L'exercice de ce principe de mesure amène à placer la charge de la preuve sur les pouvoirs publics qui doivent justifier la nécessité de la poursuite de leur action.

Le fait de placer un tel fardeau sur les pouvoirs publics serait sous certains rapports en contradiction avec la loi et la jurisprudence existantes, mais une telle décision serait totalement conforme avec la raison et la justice. Puisque toutes les peines sont infligées au prix d'un effort humain et

financier, il est raisonnable que ce prix ne soit pas payé sans raison. Il serait logique de s'arrêter pour réfléchir et de justifier la poursuite de l'action au moment où elle va entrer dans une phase plus compliquée et plus coûteuse au lieu de procéder automatiquement à l'étape suivante de la procédure classique qui va de la plainte à la peine de prison en passant par l'arrestation, l'inculpation, le procès et la condamnation. Les amendements apportés à la *Loi sur le cautionnement* et les dispositions prévoyant la mise en liberté conditionnelle ou inconditionnelle reconnaissent en partie la nécessité d'agir avec mesure et de justifier l'éventualité de la poursuite de l'action. Le fait d'obliger les pouvoirs publics à justifier la poursuite des procédures jusqu'à l'étape suivante permet de mettre en action le principe de mesure, encourage les mesures de déjudiciarisation qui s'imposent et permet d'apprécier au grand jour les décisions correspondantes.

2. Que recouvre le terme «déjudiciarisation»?

On peut déduire de ce qui précède que le terme déjudiciarisation permet de recouvrir un certain nombre de programmes dont les fonctions sont très diverses:

(1) *Prise en charge par la collectivité:* elle est due à l'action de certains individus ou de certains groupes d'intérêts locaux qui se chargent de régler les désordres qui se produisent à l'échelon de la collectivité de manière privée, sans en référer à la police et aux tribunaux.

(2) *Affaires classées par la police:* lorsque la police se contente d'informer la famille ou la collectivité ou classe simplement l'affaire sans procéder à une inculpation formelle.

(3) *Conciliation:* lorsque, au lieu de procéder à une inculpation et de transmettre l'affaire aux tribunaux, on se contente d'organiser une conciliation qui se réglera par moyen d'arbitrage ou de médiation.

(4) *Solutions de rechange à la peine d'emprisonnement:* il s'agit là du recours plus fréquent à des peines venant se substituer à la prison, telles que par exemple les mises en liberté conditionnelle ou inconditionnelle, la restitution du bien, les amendes, les condamnations avec sursis, la probation, les ordonnances de services communautaires, la détention partielle dans des résidences communautaires, ou la libération conditionnelle.

On peut juger de ce qui précède que le terme «déjudiciarisation» recouvre un grand nombre de notions différentes et il faudra prendre soin chaque fois de préciser quelle est celle que l'on entend examiner. Il ne semble pas que l'on puisse trouver une définition unique de ce terme, capable d'englober toutes les notions qu'il recouvre. Certains diront par exemple que la déjudiciarisation vise à maintenir une affaire «en dehors» du système de la justice pénale. On s'aperçoit bien vite toutefois qu'il n'en est pas toujours ainsi. Dans certains programmes de déjudiciarisation, le sujet ou le délinquant

sont déjà concernés par le fonctionnement de la justice pénale puisque la police intervient ou procède à des inculpations. Il en est ainsi même lorsque l'affaire est transmise par la police à des organismes communautaires tels qu'hôpitaux, écoles ou services scolaires aux enfants. D'autres diront alors qu'en réalité, la déjudiciarisation est un moyen d'atténuer les contacts entre le délinquant et la justice pénale. C'est ainsi que l'on qualifie de «déjudiciarisation» les dispositions qui permettent de substituer d'autres peines aux peines de prison. Dans cette acceptation, le terme déjudiciarisation n'a plus grand-chose à voir avec le fait d'être «en dehors» ou «sorti» de l'administration de la justice pénale. Ce n'est que dans le cas du règlement des désordres effectués de manière privée par les groupes, les institutions, les familles ou les individus à l'intérieur de la collectivité que l'on peut véritablement parler d'une situation sise «en dehors» de la procédure judiciaire en matière pénale.

Les programmes visant à permettre à l'individu, à la famille, à l'école ou à la communauté de régler plus facilement leurs propres problèmes peuvent être véritablement considérés comme faisant partie de la «prévention». Une dispute, une querelle ou autre attitude anti-sociale ne doit pas automatiquement subir les foudres du droit pénal ou même faire l'objet d'un rapport auprès des organismes de santé et de bien-être. La réalisation de la «prévention» se fait souvent par l'intermédiaire de programmes qui encouragent ou renforcent les initiatives des individus ou de la collectivité, lui permettant de régler ses problèmes à l'amiable sans avoir à recourir au système judiciaire ou aux organismes de santé et de bien-être.

Bien que certains organismes judiciaires aient surtout considéré jusqu'à présent la déjudiciarisation comme un moyen de diminuer la rigueur de la procédure pénale en permettant des mises en liberté sous caution lors de l'arrestation et des libérations conditionnelles à la suite des condamnations, nous nous attacherons ici à l'étude de la conciliation. Le document de travail sur l'emprisonnement donne un certain nombre d'indications générales concernant l'usage de la mesure en matière correctionnelle entre le moment du prononcé de la sentence et la mise en liberté. Ainsi que nous le verrons au chapitre suivant, la déjudiciarisation, lorsqu'elle est appliquée de manière privée dans la collectivité, à l'école, dans le magasin ou sur le marché, est en réalité une mesure de prévention ou de prise en charge autonome et, comme telle, située a l'extérieur du système de justice pénale tout en y restant apparentée. Ce sont donc les affaires classées par la police et les conciliations intervenues avant l'ouverture des procédures, relevant clairement de l'administration de la justice pénale, qui feront l'objet de toute notre attention ici.

3. A quel moment intervient la déjudiciarisation?

(1) *La collectivité*

A l'intérieur d'une collectivité donnée, les programmes de déjudiciarisation qui visent à régler les problèmes sans avoir recours à la justice

pénale ont tendance à être régis de manière privée. Ainsi, depuis de nombreuses années, les corporations professionnelles peuvent exercer elles-mêmes leur discipline sur leurs membres pour des infractions qui ressortissent normalement au droit commun. Dans les cas les plus graves, l'infraction sera jugée à la fois par l'organisme professionnel et par les cours d'instances pénales. Il existe pour les universités et surtout dans le cas des écoles, une longue liste de précédents pour lesquels les infractions «internes» sont transmises aux conseils de discipline sans qu'il soit fait appel à la police. Les grandes entreprises possèdent leurs propres services de sécurité et peuvent régler les affaires de vol, de fraude ou autres dans le cadre de leur gestion sans en référer aux tribunaux. Les grands ensembles d'habitation s'adressent eux aussi aux services de sécurité privés afin de régler une quantité de problèmes sans avoir recours à la justice pénale. Certes, les services privés de sécurité ont des effectifs plus nombreux et une croissance plus rapide que la police officielle.

Ces services de sécurité privés n'agissent cependant pas toujours de manière indépendante en faisant office de tampon entre le délinquant et la justice pénale. Dans certains cas des organismes importants procèdent aux arrestations et à l'enquête relative à des infractions mineures s'étant produites dans leurs locaux mais s'adressent aux cours afin de parvenir à une solution définitive. La force de sécurité privée joue ainsi le rôle d'un pourvoyeur des tribunaux en affaires d'importance mineure. Dans certaines villes, une telle utilisation systématique des cours d'instances pénales par des entreprises industrielles ou des personnes morales accroît considérablement le fardeau de l'administration de la justice.

De plus en plus, la police et d'autres organismes tentent de remplacer l'administration normale de la justice par des solutions communautaires afin d'éviter aux délinquants de faire l'objet de procédures criminelles. Les centres de désintoxication, d'aide aux drogués, d'aide à la famille, les bureaux d'aide à la jeunesse et les différentes cliniques de soins mentaux, entre autres, fournissent des soins, des renseignements, des conseils, des services d'assistance ou de consultation aux personnes qui en ont besoin.

Ainsi que nous l'avons indiqué, la société, encore aujourd'hui, traite couramment ses conflits de manière privée. D'autre part, à moins que les attributions et la compétence de l'État soient élargies considérablement de manière à englober ce qui jusqu'à présent relevait du domaine privé, il n'y a aucune raison pour étendre la procédure pénale à la résolution des conflits à l'intérieur des organismes ou des institutions privés. Ce n'est pas aller contre l'intérêt public que de reconnaître que ces systèmes privés fonctionnent relativement bien sans opprimer les individus dont ils ont la charge.

(2) *La police*

La police exerce son pouvoir d'appréciation lorsqu'elle résout une affaire sans que les instances pénales soient saisies. C'est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit de délinquants juvéniles. Cette responsabilité assignée à la police n'est pas nouvelle. Cette dernière a toujours eu la possibilité d'exercer son pouvoir discrétionnaire et, plutôt que de procéder à une inculpation, de renvoyer le jeune délinquant chez ses parents ou de lui donner un simple avertissement. De la même manière, dans certains cas de conduite en état d'ivresse ou sous l'effet d'une drogue, de troubles de l'ordre public ou de conduite répréhensible pouvant être attribuée à une maladie mentale, entre autres, la police a pu faire jouer son pouvoir discrétionnaire et réprimander, conseiller, arbitrer ou régler une affaire, ou désaisir le système judiciaire afin de renvoyer l'affaire devant l'organisme de santé et de bien-être ou l'institution concernée sans que les poursuites continuent plus avant. Cette façon de classer un certain nombre d'affaires est en quelque sorte une reconnaissance du fait que la collectivité ne souhaite pas toujours que les infractions mineures soient traitées par la police ou par les pouvoirs publics par l'intermédiaire de l'arrestation et des poursuites.

La possibilité accordée à la police de classer une affaire sans la transmettre aux autorités judiciaires est-elle compatible avec l'idéal qui veut que la justice soit la même pour tous? Si A et B font tous deux l'objet d'une enquête de police dans des cas identiques, le sort qu'ils subissent doit être le même. Si l'affaire de A est classée, il serait injuste de procéder à une inculpation à l'encontre de B à moins que les circonstances différentes qui entourent son cas ne l'exigent. En d'autres termes, la décision d'inculper dans un cas et de classer l'affaire dans l'autre doit s'appuyer sur des motifs valables et raisonnables dont le bien fondé doit pouvoir être vérifié. Les politiques sur lesquelles s'appuient les décisions doivent être affirmées publiquement et suivies dans les cas individuels. Ces politiques doivent, dans la mesure du possible:

a) déterminer les cas où l'inculpation s'impose de préférence au classement de l'affaire;
b) établir les critères menant à la décision d'inculper plutôt que de classer l'affaire;
c) exiger que l'on procède à l'inculpation lorsque l'affaire ne peut être classée.

Les affaires qui sont davantage susceptibles de faire l'objet d'un classement plutôt que d'une inculpation, reconnaissables à la politique suivie actuellement par la police, sont entre autres:

a) les affaires où la délinquance est le fait de jeunes ou de personnes âgées;

b) les conflits familiaux;
c) l'abus de l'alcool ou de drogues;
d) les cas de maladie mentale ou d'incapacité physique;
e) les problèmes de trouble de l'ordre public.

Lorsqu'il s'agit de déterminer l'éventualité d'une inculpation, il devra être tenu compte des éléments suivants:

a) la gravité de l'infraction est-elle de nature à exiger un procès dans l'intérêt public?
b) la collectivité est-elle en mesure de supporter les conséquences du classement de l'affaire?
c) existe-t-il d'autres moyens efficaces de traiter l'affaire pour qu'elle ne se reproduise plus, compte tenu des antécédents du délinquant et des autres éléments de preuve à la disposition de la police?
d) les conséquences de l'arrestation ou des poursuites ne seront-elles pas trop lourdes pour l'inculpé ou pour sa famille en regard du délit commis?
e) la victime et le délinquant se connaissent-ils et sont-ils favorables à un arrangement à l'amiable?

Il est souhaitable que la police et les procureurs de la Couronne continuent à exercer leurs pouvoirs discrétionnaires et en fassent même usage plus fréquemment afin de ne procéder à des inculpations que lorsque la situation l'exige. Le principe d'égalité devant la justice devra être encouragé à ce stade par la mise au point de politiques et de critères précis dans chaque cas ainsi que nous l'avons vu précédemment. Placée en position d'attente, la cour arbitrera les décisions d'inculper ou de ne pas inculper. Elle aussi doit exercer son influence au stade préparatoire des procès afin de promouvoir une même justice pour tous. Ainsi que nous le verrons plus tard, il n'est pas question ici que la cour dirige ou contrôle les procédures d'inculpation. Si par contre elle est saisie d'une affaire pour laquelle des poursuites ne semblent pas devoir se justifier compte tenu des politiques et des critères précis régissant l'inculpation et la poursuite judiciaire, la cour a toujours la possibilité de prononcer une mise en liberté surveillée ou sans condition. Ainsi, indirectement, le rôle d'arbitre de la cour devrait promouvoir pour tous la même application des pouvoirs discrétionnaires de la police et des procureurs de la Couronne en matière d'inculpation et de poursuite.

La Commission n'ignore pas que le fait de demander aux services de police de classer certaines affaires compte tenu des politiques fixées et de certains critères d'appréciation revient à explorer un domaine entièrement nouveau. La mise au point de ces politiques et de ces critères pourra se révéler dans certains cas difficile ou décourageante. Il est pourtant indispensable de s'atteler à cette tâche si l'on veut que l'administration de la justice puisse s'effectuer au grand jour, de manière équitable et justifiable. Il est évident que

pour que ces politiques et ces critères puissent être efficaces et tiennent compte des réalités locales, les services de police et les procureurs de la Couronne du pays doivent pouvoir participer à leur élaboration.

La Commission n'ignore pas non plus que le classement de certaines affaires par la police, de manière uniforme et cohérente, nécessiterait probablement un accroissement des effectifs disponibles. Il est intéressant de se demander si ce travail devra être effectué au niveau du poste de police ou si le personnel supplémentaire devra posséder une qualification ou une expérience spéciale.

Il convient de noter par ailleurs que la société doit encourager la police à classer un maximum d'affaires si l'on veut que cette dernière mette pleinement en jeu le principe d'utilisation mesurée de la procédure judiciaire. A l'heure actuelle, les récompenses et les encouragements offerts à la police vont dans le sens de l'inculpation et non du classement. Les services de police sont jugés sur leur rendement c'est-à-dire sur le nombre d'inculpations auxquelles ils procèdent. Leurs budgets de fonctionnement vont habituellement de pair avec les opérations de police et les inculpations sans tenir compte des aspects moins voyants de leur travail comme le service rendu au public et le classement de certaines affaires. Ils ont droit à un paiement d'heures supplémentaires lorsqu'ils sont cités en cour comme témoins et dans certains cas cela contribue grandement à les inciter à procéder à un maximum d'inculpations et de poursuites devant les cours. Il conviendrait d'inciter la police, plus que l'on ne le fait maintenant, à prendre des décisions de caractère social et en matière de conciliation, grâce à une réévaluation des rendements, des budgets et du paiement des heures supplémentaires, mais aussi par l'instauration de nouvelles politiques de promotion et d'avancement.

(3) *Conciliation préalable au procès*

Lorsqu'une plainte a été déposée et transmise au juge de paix, celui-ci en prend acte, engageant ainsi une procédure de «dénonciation». C'est la dénonciation qui est à la base de toute poursuite en matière pénale. En droit, l'engagement des poursuites est à la charge du procureur général. Les cours n'ont pas une grande possibilité d'intervention sur les décisions prises par la Couronne de poursuivre, d'abandonner une inculpation, de la suspendre ou de demander une suspension des procédures. Si la manière dont les poursuites sont engagées laisse à désirer, le seul recours consiste à les critiquer publiquement dans la presse ou au Parlement. Le pouvoir judiciaire, au cours de l'histoire et de par la constitution, est toujours resté à l'écart du pouvoir exécutif du gouvernement dans cette matière.

C'est le procureur de la Couronne et non la police qui a la charge en droit de procéder aux inculpations et d'engager les poursuites. En pratique, c'est à la police qu'est laissé le soin de déterminer dans chaque cas qui doit

être poursuivi et sur quel chef d'inculpation. Souvent le procureur de la Couronne ne sait rien d'une affaire avant d'être entré dans la salle d'audience et de s'être vu remettre le dossier des affaires de la journée. S'il a le temps, il peut décider, compte tenu du droit et des preuves en sa possession, qu'une inculpation doit être modifiée ou abandonnée. Mais dans la majorité des cas, des officiers de police expérimentés déchargent un procureur surmené qui s'en remet à leur compétence pour prendre les décisions courantes d'inculper. Dans les affaires importantes ou lorsqu'un doute est permis, la police prend l'avis du procureur de la Couronne pour décider de l'inculpation à porter. Il n'est pas douteux que la Couronne ait la possibilité d'user de son pouvoir discrétionnaire pour choisir les affaires devant faire l'objet de poursuites, pour déterminer le chef d'inculpation à appliquer, pour modifier ou retirer certaines inculpations ou pour retarder ou tout simplement suspendre les procédures.

Là aussi le principe de mesure devrait être appliqué. Les règlements de conciliation proposés dans la présente étude devraient inciter la Couronne à faire usage de son pouvoir traditionnel dans le choix des affaires devant être soumises à l'appréciation des tribunaux. Est-il nécessaire, lorsqu'une inculpation est portée, qu'il s'ensuive automatiquement un procès, un verdict de culpabilité et une condamnation? Certaines affaires ne peuvent-elles faire l'objet d'un règlement de justice formel au stade de l'instruction préparatoire avant le procès? Lorsqu'elle le juge utile, la Couronne retire dans certains cas l'inculpation, à la demande de l'avocat de la défense qui déclare que l'inculpé mérite l'indulgence du tribunal et accepte le principe d'une restitution ou d'une compensation pour le préjudice subi. Principalement lorsque la victime est favorable à une telle solution, la Couronne peut alors décider que l'intérêt public n'exige pas la poursuite de l'affaire et que l'inculpation peut alors être abandonnée. Il sera ainsi possible de traiter par voie de conciliation non seulement les affaires d'atteinte à la propriété mais aussi celles qui révèlent l'existence d'une maladie mentale, dont les protagonistes sont très jeunes ou très âgés, ou celles qui relèvent davantage du conflit social que de la pure infraction criminelle. Le délinquant pourra alors s'engager dans ce cas à procéder à une restitution, à se soumettre à des consultations, à un traitement ou à un programme de formation, d'éducation ou de travail sur une période donnée.

De tels accords de conciliation correspondent parfaitement au principe de mesure mais il convient encore, au nom de la justice et de l'équité, d'en jeter les bases de manière rationnelle et organisée. Cela signifie qu'une politique de conciliation au stade de l'instruction préparatoire du procès doit être définie clairement et publiquement et, dans la mesure du possible:

a) doit déterminer les cas pour lesquels une conciliation s'impose de préférence à un procès; et

b) doit établir les critères devant présider à la décision de poursuivre plutôt que de procéder à une conciliation au stade préparatoire.

Il n'est pas sûr par exemple que ces conciliations au stade préparatoire doivent se limiter à des infractions bien précises telles que vols de moins de $200, vols à l'étalage, etc. La nature des infractions varie souvent très largement à l'intérieur d'une même catégorie. Ainsi par exemple, un jeune homme qui pénètre chez son voisin pour prendre une bouteille de Scotch sur la table commet une infraction de vol simple et de vol avec effraction. Selon toute probabilité cependant, les faits n'ont pas une telle gravité qu'il soit impossible de procéder à une conciliation si le voisin, le délinquant et la Couronne en acceptent le principe. Il est même difficile d'exclure l'usage de la violence à l'encontre d'un tiers puisque les voies de fait constituent l'infraction la plus commune dans cette catégorie. Ainsi que l'ont montré les recherches effectuées à East York, dans presque quatre-vingt pour cent des cas de voies de fait, la victime et l'inculpé se connaissaient, soit qu'ils faisaient partie de la même famille, soit qu'ils étaient amis ou voisins. D'autres indications montrent que les voies de fait sont souvent la conséquence d'abus de boissons en groupe ou d'autres situations du même type.

La déjudiciarisation ou la conciliation peuvent se révéler tout particulièrement utiles lorsque la victime et le délinquant se connaissaient avant les faits et que leurs relations ont toute chance de se poursuivre par la suite. Il conviendrait que la police détermine un certain nombre d'infractions précises pouvant faire automatiquement l'objet d'une conciliation mais impose une limite dans certains cas lorsque l'intérêt public est tel qu'une conciliation au stade préparatoire de l'instruction ne soulignerait pas suffisamment la gravité de l'infraction commise et s'opposerait à l'action préventive de la loi.

Cela signifie inévitablement que dans une certaine mesure certains incidents pourront faire l'objet d'une déjudiciarisation dans une région donnée alors que dans une autre ce même incident donnera lieu à des poursuites judiciaires. Il est possible de déplorer cette situation en alléguant le fait que la justice n'est qu'alors plus la même pour tous. Il convient de reconnaître cependant que l'égalité de la justice ne doit pas être recherchée pour elle-même sans tenir compte des autres facteurs en considération. Si l'inégalité qui en résulte est suffisamment minime, il peut être intéressant de s'en accommoder afin d'atteindre d'autres objectifs tout aussi importants. L'un de ces objectifs dans le cadre de la procédure pénale consiste à promouvoir les initiatives. Ainsi le principe de la probation découle directement de l'initiative des juges et ce n'est qu'ensuite que les textes législatifs l'ont consacré. De la même manière, un certain nombre de divergences locales devraient être autorisées dans les affaires d'importance mineure même si elles s'opposent quelque peu à la conception de l'égalité de la justice pour tous. L'adoption d'une telle politique permettrait

difficilement d'autoriser des conciliations au stade préparatoire dans des affaires de meurtres, de viols, ou de vols à main armée par exemple. L'intérêt du public dans ces affaires est fortement concerné et même si en l'espèce la victime et l'inculpé s'accordent pour ne pas porter l'affaire devant la justice, d'autres facteurs font pencher la balance en faveur de l'action publique. L'administration de la justice est dans une certaine mesure une affaire locale qui doit refléter les valeurs locales et promouvoir les initiatives, à condition toutefois que ce ne soit pas aux dépens de l'intérêt général de la société.

Donc, pour que les décisions visant à obtenir une conciliation dans certaines affaires soient prises au grand jour de manière équitable et justifiable, il convient de déterminer quels sont les critères qui devront présider à ces décisions. Dans la plupart des domaines de la loi portant sur la liberté ou la propriété individuelle, il est possible d'opérer de cette manière en définissant par écrit les politiques et les critères devant être pris en considération. Cela sera d'autant plus important si l'accord de conciliation vient à constituer un acte officiel de la procédure judiciaire pénale ainsi que nous le recommandons afin qu'on ne puisse l'accuser de discrimination ou de partialité. L'éventualité d'un exercice abusif du pouvoir discrétionnaire serait réduite si les accords de conciliation s'effectuaient au grand jour avec un certain nombre de règles d'admissibilité et de procédure. Il s'ensuivrait une meilleure compréhension de la raison d'être des décisions prises de manière discrétionnaire et le rôle du droit criminel prendrait une signification nouvelle à la fois pour les exécutants et pour les tiers.

Le danger, si l'on cherche à consigner la pratique par écrit, est que les directives en viennent à ne plus correspondre à la réalité. Une telle situation pourrait à son tour entraîner une inadaptation des pratiques existantes et forcer les responsables à ignorer les nouvelles directives pour retourner aux pratiques passées. L'expérience de la *Loi sur la réforme du cautionnement* illustre bien la nécessité de tenir compte de l'aide et de l'expérience de la police et des autres institutions concernées lorsque l'on cherche à préciser l'étendue des pratiques discrétionnaires et à les consigner par écrit pour s'en inspirer par la suite.

L'un des problèmes qui se pose lorsque l'on cherche à attribuer à la police ou à la Couronne le pouvoir discrétionnaire de ne pas poursuivre une affaire, vient de la nature même du travail effectué par la police et par les procureurs de la Couronne. Comme dans toutes les administrations, les critères à la base des décisions tiennent compte de facteurs tels que quantité et conditions de travail ou organisation du travail lui-même. Les critères retenus par la police ou par la Couronne lorsqu'elles décident de classer une affaire ou d'entreprendre une procédure de conciliation ne tiennent pas toujours compte de la victime contrairement à ce que souhaiterait la Commission. C'est ainsi que la nécessité d'expédier l'affaire dans les délais ou de la résoudre de manière à obtenir des avantages ou une promotion, les

impératifs de la rédaction administrative ou le manque de personnel auront parfois plus d'influence sur une décision de poursuivre l'action en cours que les grands principes de la justice en matière pénale. Un autre facteur qui fait que la police hésite parfois à faire usage de son pouvoir discrétionnaire en cette matière est la crainte de s'exposer aux critiques du public si cette discrétion n'est pas utilisée comme il convient.

L'on doit certes tenir compte du rôle que la police a à jouer concernant l'arrêt ou la poursuite de l'action, la nécessité de tenir compte de l'intérêt de la victime et de la collectivité dans les décisions prises et de l'intérêt que l'on peut avoir à recourir à l'expérience de la police et de la Couronne en cette matière. Il conviendrait aussi de tenir compte des facteurs suivants lors de l'élaboration des directives présidant à l'instauration de procédures de conciliation au stade préparatoire de l'instruction:

a) l'affaire qui fait l'objet de l'enquête peut-elle être classée par la police;
b) les faits en cause sont-ils suffisamment graves pour justifier des poursuites et les preuves sont-elles suffisantes;
c) est-il possible d'affirmer que la victime et l'inculpé se connaissaient avant les faits;
d) les faits en l'espèce sont-ils contestés;
e) l'inculpé et la victime sont-ils d'accord pour accepter une conciliation au lieu de recourir à un procès;
f) Les prérogatives et les intérêts de la société, du délinquant et de la victime sont-ils mieux servis par le moyen d'une conciliation que par l'intermédiaire d'un verdict de culpabilité et d'une condamnation;
g) un procès et une condamnation sont-ils susceptibles de produire un préjudice injustifié à l'inculpé et à sa famille ou d'aggraver les problèmes sociaux qui sont à l'origine de son acte criminel.

Il convient de faire remarquer que l'application de l'un quelconque de ces critères ne peut affecter le pouvoir de la Couronne de retirer une inculpation comme elle en a le droit ou d'interdire à la cour de prononcer un non-lieu si la poursuite reprend l'accusation ou d'introduire une mise en liberté conditionnelle ou inconditionnelle.

(4) *La cour*

A ce quatrième stade, le juge peut lui aussi faire preuve de mesure dans l'application de la procédure pénale et des peines correspondantes. La cour a toute latitude pour infliger une peine autre qu'une peine d'emprisonnement, soit d'imposer une mise en liberté conditionnelle ou inconditionnelle, un dédommagement, une amende ou une sentence de probation. D'autre part, il convient de noter l'existence d'autres solutions telles que l'imposition d'un service communautaire. Ce type de sanctions imposées à l'intérieur de la

collectivité fera l'objet d'un prochain document de travail de la Commission mais il paraît utile toutefois de présenter ici une ou deux observations à leur sujet. Même si certains juges diront qu'ils font preuve de mesure et qu'ils ne recourent aux peines de prison qu'en dernier ressort, il est difficile de les suivre sur ce point. Tout d'abord parce que nous ne possédons pas de renseignements statistiques suffisants sur les peines prononcées. Les juges ne possèdent pas de statistiques suffisantes au sujet des condamnations qu'ils prononcent et il ne leur est pas possible de les comparer avec ce qui se fait dans les cours voisines. Ainsi par exemple quand nous disons que dans les affaires de possession de marijuana peu de personnes sont inculpées et presque aucune ne va en prison, il n'en reste pas moins qu'en 1973, 800 jeunes environ ont été mis en prison au Canada au titre de cette infraction. Des milliers d'autres ne l'ont pas été. En vertu de quel principe ces 800 affaires ont-elles constitué une exception? Une bonne organisation des renseignements statistiques devrait nous permettre de répondre à cette question. Les peines de prison sont censées être utilisées en dernier recours mais les statistiques les plus récentes publiées par Statistique Canada pour l'ensemble du Canada en ce qui concerne les peines de prison infligées lors d'inculpations suivant la procédure sommaire prévue par le Code datent de 1968. Elles indiquent que 10 à 38 pour cent des affaires portant sur certaines voies de fait dont l'appropriation frauduleuse de nourriture et de logement et autres infractions mineures, se sont soldées par des peines de prison. Ce principe de mesure sera-t-il mieux servi lors de la fixation de politiques, de normes et de directives à l'intention des juges qui prononcent les peines, le tout s'accompagnant d'un relevé statistique efficace et de la communication des statistiques aux juges qui ont prononcé les peines.

En outre, n'est-il pas possible de faire appel à des sanctions qui permettent à l'inculpé de travailler et, dans certains cas, de restituer une partie de son salaire à la victime? La surveillance étant nécessaire dans certains cas, ne pourrait-on faire davantage usage des centres résidentiels communautaires et des détentions de fin de semaine afin de permettre aux délinquants de continuer à travailler et à conserver des liens constructifs avec la collectivité?

Au niveau des tribunaux, ce principe de mesure, ainsi que le fait remarquer la Commission dans son document de travail sur l'emprisonnement, exige une application plus minutieuse, particulièrement en ce qui concerne les peines de prison. Au Canada, il existe un taux d'emprisonnement élevé si on le compare à celui d'autres pays. En outre, nous envoyons habituellement des gens en prison non parce qu'ils ont fait usage de violence, mais parce qu'ils se sont rendus coupables d'infractions à la propriété, de troubles de l'ordre public ou d'autres infractions n'impliquant aucune violence envers la personne humaine.

Près de cinquante pour cent des détenus des prisons fédérales et provinciales sont coupables d'infractions non violentes envers la propriété d'autrui. La plupart de ces détenus sont jeunes, sans emploi ou sous employés au moment des faits et très peu instruits. A l'intérieur de ces infractions non violentes, le préjudice moyen subi par un individu se situe au-dessous de $200 et une perte de $500 représente une grosse affaire. Environ 50 pour cent des victimes de ces infractions donnant lieu à des peines de prison ne sont pas des personnes physiques mais des personnes morales: entreprises, écoles ou institutions. Quatorze pour cent des personnes reconnues coupables d'une première infraction contre la propriété en l'absence de violence vont en prison. Cinquante pour cent des récidivistes de cette catégorie aboutissent en prison.

Parallèlement, il faut convenir que les peines de prison ne parviennent pas toujours à réduire la récidive. L'effet exemplaire des peines prononcées est généralement considéré comme faible et ce n'est pas surprenant lorsque l'on sait que dans le cas des infractions dénuées de violence, le pourcentage des crimes portés à la connaissance de la police est faible. L'effet exemplaire ou éducateur de la loi en matière pénale réside probablement davantage dans la certitude d'une arrestation et la publicité du procès plutôt que dans une sévérité accrue des peines de prison comparée aux condamnations exécutées à l'intérieur de la collectivité.

Si l'on désire restreindre les peines de prison aux crimes qui présentent un risque certain pour la vie ou la sécurité d'autrui, aux crimes dont la gravité ne peut mériter autre châtiment que la privation de la liberté, ou aux personnes qui refusent de payer des amendes ou de se soumettre volontairement aux sanctions qui leur sont proposées en remplacement, il convient alors de se disposer à l'avenir à permettre de plus en plus aux inculpés de s'acquitter de leurs condamnations à l'intérieur de la collectivité.

De telles dispositions poseront non seulement le problème du dédommagement de la victime et des moyens de contrôle à l'intérieur de la collectivité, mais encore le problème tout aussi important de savoir évaluer le niveau social et les capacités professionnelles du délinquant. Cela entraînera une demande croissante de services de santé communautaires, de programmes de formation professionnelle, d'emplois, d'aides personnelles, de logements et autres services sociaux. Il ne s'agit pas ici d'affirmer que ces programmes de réinsertion dans la collectivité vont réduire considérablement la criminalité mais de suggérer simplement qu'ils contribueront à diminuer l'inutilité et l'effet destructif sur le plan humain de la peine de prison, tout en apportant une amélioration des solutions individuelles. A l'égard de la victime, cette réinsertion dans la collectivité aura l'intérêt de permettre au moins le dédommagement ou l'indemnisation de la victime et il est probable que la société trouvera elle aussi que cette solution est dans son intérêt et dans celui de l'ordre public.

Si ces réinsertions dans la collectivité doivent se multiplier, il devient important de considérer en pratique comment la collectivité trouvera les ressources suffisantes pour les accueillir. Plus précisément, existe-t-il des programmes à l'intérieur de la collectivité permettant à des délinquants d'effectuer des travaux tels que le nettoyage des lieux publics, l'aide aux personnes âgées pour le déneigement des trottoirs, etc.? Existe-t-il suffisamment de services d'aide personnelle permettant d'offrir à des jeunes gens des conseils et une formation valables pour la vie de tous les jours, pour l'obtention d'un emploi ou pour la conservation de cet emploi? Existe-t-il suffisamment de services de conseils familiaux, de services psychiatriques et de programmes de formation professionnelle?

Il ne suffira pas que les collectivités locales s'attachent à recenser les services et les programmes organisés qu'elles peuvent mettre à la disposition des tribunaux ou de la police, il faut encore que ces services soient réellement efficaces. Il ne suffit pas d'ouvrir un bureau en ville doté du téléphone. Ces services disposeront-ils du personnel suffisant, aussi bien volontaire que permanent, pour être utilisé avec profit par les délinquants?

4. Problèmes particuliers aux conciliations

La Commission, bien qu'elle estime que l'application de la loi doit être exercée avec mesure à chacune des quatre étapes de la procédure pénale, désire étudier tout particulièrement dans le cadre de ce document de travail les problèmes relativement nouveaux posés par la conciliation au stade préparatoire de l'instruction.

Cette solution de rechange est-elle compatible avec les valeurs et les principes définis dans les documents de travail antérieurs de la Commission, et tout particulièrement dans le Document nº 3 intitulé: «*Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence*». L'une des principales valeurs de notre société consiste à promouvoir la liberté et la dignité de chacun de ses membres. Cette valeur est reconnue par le droit, y compris par le droit pénal auquel on n'a recours qu'en dernier ressort. Lorsque l'on fait appel au droit pénal, il convient toutefois d'agir avec mesure afin d'autoriser le maximum de liberté et de dignité humaines au sein de la société. La déjudiciarisation est souhaitable dans la mesure où elle optimalise et actualise cette nécessité de liberté et de dignité et cette solution devra s'imposer lorsque les critères définis plus haut seront réunis, de manière à ce que les ressources du droit pénal soient utilisées avec mesure et visent à réconcilier le délinquant avec sa victime et la société. Enfin, cette procédure devrait faire l'objet d'une réglementation si l'on veut que les décisions prises soient exposées au grand jour de manière équitable et justifiable.

En tenant compte de ces valeurs ainsi que d'autres considérations, la Commission propose le schéma suivant comme base de discussion:

Parallèlement à la mise au point de procédures policières intelligentes et au renforcement du pouvoir discrétionnaire de la Couronne en matière d'abandon d'inculpation, il convient de prévoir des procédures de conciliation ou de médiation de certains cas lorsqu'une inculpation a déjà été portée. Dans tous les cas la cour pourra arbitrer en dernier ressort afin de renvoyer par l'intermédiaire du non-lieu les affaires qui lui sont soumises par la Couronne alors qu'elles relèvent clairement de la procédure de conciliation.

La décision d'envoyer une affaire en conciliation devrait être à la charge du procureur général agissant par l'intermédiaire du procureur de la Couronne. Puisqu'il est peu souhaitable d'alourdir encore la procédure administrative préalable au procès, nous estimons qu'une fois prise la décision de renvoi en conciliation, l'affaire devrait être transmise à un service ou à un organisme communautaire. Cet organisme aurait alors la charge de mettre la victime en contact avec le délinquant afin d'organiser la procédure de conciliation. Il serait souhaitable que la conciliation se fasse sous la forme d'un accord ou d'un contrat par écrit indiquant expressément l'étendue des obligations du délinquant. L'organisme serait alors tenu de surveiller l'exécution du contrat et de tenir la Couronne au courant des progrès effectués. Si le délinquant ne remplit pas ses obligations, la Couronne sera fondée à considérer qu'il s'agit d'une non-exécution volontaire et à reprendre des poursuites à l'encontre du délinquant. Si les obligations prévues au contrat sont remplies de manière satisfaisante, la Couronne retirera l'inculpation. Examinons maintenant un certain nombre de points précis dans le cadre du modèle proposé.

(1) *Doit-on procéder à une inculpation?*

Le recours à la procédure pénale doit se faire avec mesure. Cela signifie que l'ouverture d'une instruction préalable ne doit pas reposer simplement sur de vagues accusations de mauvaise conduite, de délinquance ou de comportement anormal. Si les programmes de conciliation au stade préparatoire continuent à s'étendre, il existe un risque véritable de voir la police classer de moins en moins d'affaires et utiliser cette procédure formelle de conciliation pour des personnes qui normalement n'auraient pas dû faire l'objet d'une intervention de la justice. Il serait regrettable qu'il en soit ainsi. Alors que l'administration de la justice en matière criminelle, y compris les procédures de conciliation que nous venons d'exposer, peuvent avoir un aspect exemplaire ou préventif sur le public en général, son utilisation dans un tel but ou dans un but de redressement doit être exercée avec mesure. En effet, ainsi que nous l'avons indiqué dans les documents de travail antérieurs, la meilleure façon de traiter certaines infractions est souvent d'en faire le moins possible. En conséquence, il serait désastreux que la procédure de conciliation au stade préparatoire de l'instruction soit utilisée de manière à inciter un nombre

toujours plus grand de personnes à s'en remettre aux cours de la justice au lieu de les encourager à régler elles-mêmes leurs propres problèmes.

La décriminalisation de certaines infractions permettrait de décharger les tribunaux d'un grand nombre d'affaires mineures. Le fait de soustraire brutalement une certaine conduite aux rigueurs du droit criminel n'est pas toujours la solution idéale. Il faut encore que la conduite incriminée fasse l'objet de l'attention des services de santé et de bien-être, d'une poursuite privée devant les tribunaux civils ou peut-être d'une assurance. Dans la mesure où cette conduite relève toujours du droit pénal, il est possible toutefois de faire en sorte que les procédures de conciliation n'entraînent pas une intervention trop zélée de la justice pénale dans la vie des individus en exigeant qu'il soit procédé à une inculpation.

Cette condition favoriserait par la même occasion la détermination des procédures de conciliation au stade préalable au procès. Si l'accord de conciliation n'est pas respecté, il sera peut-être souhaitable de reprendre les poursuites judiciaires. Le fait de procéder à une inculpation formelle évite tout dépassement d'une date limite, l'inculpation régissant par ailleurs les problèmes de consentement.

(2) *Le consentement est-il indispensable à un accord de conciliation?*

La reconnaissance de la dignité humaine, de la possibilité qu'a chaque homme d'effectuer les choix qui le concernent et de la nécessité d'une réconciliation entre la victime, le délinquant et la société exige que les conciliations s'effectuent sur la base du consentement de toutes les parties en cause, qu'il s'agisse de la victime, du délinquant ou de la Couronne.

Dans l'intérêt de la justice, il n'est pas possible d'interdire à la victime ou au délinquant d'en appeler devant les tribunaux. En règle générale, la victime, en tant que citoyen, doit avoir le droit de déposer une plainte en matière privée même si la Couronne estime qu'il n'y a pas lieu au vu de l'affaire d'entreprendre une action publique.

Même lorsque la politique de la Couronne s'oppose à une inculpation dans certaines affaires, conflits familiaux ou vols à l'étalage par exemple, la victime devrait encore pouvoir déposer une plainte devant les tribunaux et prendre ainsi l'initiative des poursuites. Toutefois dans l'état actuel du droit, la Couronne peut choisir de reprendre à son compte ou d'arrêter le cours de ces poursuites de caractère privé. En outre, la cour peut s'opposer à une poursuite abusive en accordant une mise en liberté inconditionnelle. Le fait que le délinquant a offert et s'est vu refuser une restitution ou un arrangement sera pris en compte lors de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence.

De la même manière, le délinquant devrait toujours pouvoir plaider non coupable et chercher à être acquitté par les tribunaux. D'un autre côté, il n'est pas souhaitable que les affaires graves soient tenues en dehors de l'action publique pour la simple raison que la victime et l'inculpé ont préféré s'entendre en privé. En tenant compte de l'intérêt public, la Couronne devra décider dans quel cas une telle affaire devra faire l'objet de poursuites devant une cour criminelle.

Quel est le type de consentement qui convient dans le cadre d'un programme de déjudiciarisation? Suffira-t-il, comme dans le cas des probations et des libérations conditionnelles, de demander au délinquant s'il accepte cette solution sans lui expliquer exactement de quoi il retourne? Il conviendra de mettre en balance les avantages que l'on peut espérer d'un tel consentement et d'autre part les risques encourus ou les droits auxquels on renonce du fait même de ce consentement.

A l'heure actuelle, lorsqu'une personne suspecte de conduite pénale est accusée par la police, elle a le droit de savoir précisément quelle est l'infraction qui lui est reprochée; il ne suffit pas qu'il soit fait vaguement allusion à une conduite répréhensible ou anti-sociale. En outre, si elle est arrêtée, cette personne peut demander sa mise en liberté sous caution et, si elle est gardée à vue, elle doit être traduite devant le juge dans les vingt-quatre heures ou dans un délai raisonnable. Interrogé par la police, l'inculpé n'est pas tenu en général de répondre mais, s'il le fait, à condition qu'il ait été informé selon la loi que ses paroles pourront être utilisées contre lui, il ne peut se prévaloir du privilège général qui fait que l'on ne peut s'incriminer soi-même. En conséquence, même si le consentement du délinquant qui accepte une procédure de conciliation a son intérêt du point de vue de la réhabilitation et de l'établissement des peines, il entraîne des conséquences juridiques importantes pour l'inculpé, tout particulièrement en ce qui concerne son droit éventuel à un procès, et l'amène à renoncer au droit de garder le silence qui est le sien. En outre, aux termes de la loi actuelle et en dépit de tout engagement que la Couronne pourrait prendre, toute déclaration présentée au stade préparatoire de l'instruction serait probablement admissible à un stade ultérieur de la procédure pénale.

Il va s'en dire que pour être volontaire le choix doit être fait en pleine connaissance des faits sans que l'on ignore la possibilité d'une reprise des poursuites si l'inculpé ne remplit pas ses obligations en vertu du programme. En d'autres termes, un programme de conciliation au stade préparatoire de l'instruction doit s'appuyer sur une participation consciente, active et volontaire de l'inculpé. Il n'est probablement pas indispensable pour l'équité qu'une renonciation de droit formelle soit présentée en salle d'audience; il suffira sans doute que l'inculpé prenne connaissance de l'ensemble de ses droits lors d'une audience informelle tenue en dehors de la salle du tribunal.

Il semble parfaitement clair par ailleurs qu'il sera plus facile pour l'inculpé de prendre une décision responsable s'il est conseillé par un avocat compétent. C'est ainsi que des personnes qui estiment n'être aucunement responsables des dommages ou de l'infraction reprochés pourront choisir de combattre les preuves qui leur sont apportées plutôt que d'accepter un accord dans le simple but d'éviter des poursuites pénales. On ne devrait exercer aucune pression sur l'inculpé pour l'amener à accepter une procédure de conciliation mais l'on doit reconnaître qu'il sera bien difficile d'éviter que des personnes acceptent cette procédure tout en estimant être innocentes. On ne peut nier que certaines personnes plaident aujourd'hui coupables devant les cours criminelles dans le simple but d'éviter les longueurs et les tracas d'un procès contradictoire. Ce danger devrait être réduit à un minimum grâce à un travail de police bien fait, à l'action responsable de la Couronne et aux conseils de l'avocat de la défense.

Il est possible de s'opposer à ce principe du consentement en alléguant que le choix entre la conciliation et le procès n'est pas libre mais dirigé. Toutefois, le véritable problème n'est pas tant la liberté du choix que les circonstances qui l'entourent. Ce n'est pas le fait d'offrir à l'inculpé un choix qui est préoccupant mais le fait que ce choix lui soit offert en exerçant des pressions sur lui ou en le laissant dans l'ignorance de ses conséquences éventuelles.

(3) *Le délinquant doit-il être tenu de reconnaître sa responsabilité?*

L'attribution d'une procédure de conciliation ne doit pas reposer sur une reconnaissance de «culpabilité», mais sur une reconnaissance implicite par l'inculpé des faits qui lui sont reprochés. Bien que l'on puisse justifier l'exigence d'une reconnaissance de culpabilité en indiquant qu'il s'agit là d'un moyen de faire reconnaître à l'inculpé sa responsabilité dans l'affaire et de favoriser par là même sa réhabilitation, il est possible de parvenir au même résultat par des méthodes moins sévères. Il suffit d'obtenir une reconnaissance de responsabilité partielle ou entière du préjudice commis, de manière informelle et en dehors de la salle d'audience. En outre, en exigeant une reconnaissance de culpabilité au stade de l'instruction, on ne tient pas compte du fait qu'il s'agit là d'une médiation ou d'un règlement, non plus d'un jugement pourtant indispensable dans d'autres affaires et que c'est justement la raison pour laquelle la procédure de conciliation a été envisagée dès le départ.

(4) *Comment procède-t-on à la clôture de l'affaire?*

Si la procédure de conciliation vient à la suite d'une inculpation, la Couronne a la charge des poursuites. C'est à elle de décider si une affaire peut être considérée comme terminée. Si les termes de l'accord ont été respectés, l'inculpation doit être retirée. Bien qu'aucune disposition de la présente loi

n'exige le retrait automatique de l'inculpation dans un tel cas, il est vraisemblable que, dans la pratique, des assurances en ce sens auront été données à l'inculpé par le procureur de la Couronne lorsque la procédure de conciliation lui a été offerte. Il conviendrait dans cette optique de modifier la loi de manière à rejeter toute éventualité de nouvelles poursuites au titre de la même infraction pour que l'on ait davantage confiance dans le type de conciliation que nous proposons ici. Ainsi que nous le verrons plus loin, la loi actuelle rend caduques les inculpations qui ne font pas l'objet d'une poursuite judiciaire, mais cette disposition ne constitue pas en elle-même une garantie suffisante.

Les affaires qui ne se terminent pas à la satisfaction de tous poseront parfois des problèmes plus graves. Quels recours aura le procureur de la Couronne s'il estime que l'accord de conciliation n'a pas été exécuté? Tout d'abord, et comme dans le cas des amendes, ce n'est qu'en cas de non-exécution volontaire que le problème des sanctions ultérieures prend de l'importance. Quelle sera la solution à envisager si l'on suppose que l'inexécution est inexcusable de la part de l'inculpé? Devra-t-on s'abstenir d'intervenir? Attaquer le contrat comme dans les procès civils? Faire en sorte que la Couronne reprenne les poursuites engagées contre l'accusé?

L'abstention pure et simple soulève un grand nombre de problèmes. Si l'on suppose qu'une décision antérieure a déjà permis de déterminer que l'affaire ne revêtait pas pour l'intérêt public une importance suffisante pour justifier un procès criminel, comment doit-on estimer le fait que le délinquant n'a pas tenu ses promesses et ne s'est pas réhabilité? Il y a probablement 50 pour cent des chances que l'on n'entendra plus parler de lui devant les instances pénales. S'il est de nouveau poursuivi, sa non-exécution antérieure le desservira probablement au moment du prononcé de la sentence et sa condamnation aura toute chance d'être plus sévère que celle qu'il aurait pu avoir à l'origine.

D'un autre côté, il convient de reconnaître qu'il n'est guère possible de laisser ainsi le délinquant agir à sa guise. Si l'on doit faire quelque chose, est-il possible de faire respecter le contrat de conciliation en le portant devant les tribunaux civils? Lorsque l'on sait ce qu'il en coûte à poursuivre un défendeur devant les tribunaux civils afin d'obtenir des dommages-intérêts, un tel droit paraît assez dérisoire. Dans leur majorité, les délinquants ne disposent pas de grandes ressources financières de sorte que l'on n'est guère plus avancé lorsque l'on a obtenu un jugement contre eux. D'autre part, les frais d'instance ont toute chance d'effrayer bien des victimes à moins que la Couronne ne s'engage à supporter le coût des poursuites devant les tribunaux civils. Troisièmement, un certain nombre de victimes abandonnées à leur sort hésiteront encore du fait de leur méconnaissance des procédures en usage devant les tribunaux civils. Les délinquants, se rendant compte de l'impuis-

sance de la loi, auront beau jeu d'ignorer ou de prendre à la légère les obligations qu'ils ont contractées du fait de l'accord de conciliation.

S'abstenir purement et simplement ou s'en remettre à l'action civile ne semble donc pas être la solution. Bien que l'on puisse s'attendre dans la majorité des cas à une exécution fidèle des accords de conciliation, il n'en reste pas moins que certains délinquants n'exécuteront leurs obligations que si on les oblige à le faire. En matière de probation, ce problème a été résolu de deux manières différentes. Le fait de refuser sciemment d'exécuter les termes et les dispositions d'une ordonnance constitue en soi une infraction séparée et, en outre, le délinquant qui ne s'est pas exécuté peut être de nouveau condamné au titre de l'infraction d'origine. Compte tenu de tous ces facteurs, il semble qu'il soit souhaitable de pouvoir reprendre les poursuites pénales en cas de non-exécution volontaire des termes d'un accord de conciliation survenu au stade préparatoire de l'instruction.

Dans l'éventualité d'une reprise des poursuites, quelles dispositions devra-t-on prendre lorsque le délinquant ne reconnaît pas ne pas avoir exécuté ses obligations? Dans le cadre de la loi actuelle, la Commission des libérations conditionnelles peut mettre fin à un contrat de libération conditionnelle sans avoir à motiver sa décision. La Commission a toutefois bien précisé dans son document de travail sur l'emprisonnement que les procédures de libération qui affectent directement la liberté des délinquants doivent se dérouler de manière équitable. Il s'ensuit que la décision qui vise à mettre fin à un contrat de conciliation pour laisser place à une reprise des poursuites pénales, doit elle aussi être prise de manière équitable. Cela signifie, entre autres, que la décision de mettre fin au contrat doit être motivée sur demande de l'inculpé et que ce dernier doit pouvoir contester les faits sur lesquels repose cette décision. En pratique, ce souci d'équité ne semble pas devoir entraîner des retards substantiels dans la procédure. Comme dans le cas de la liberté surveillée, la plupart des délinquants auront vraisemblablement parfaitement conscience des difficultés pouvant se produire au sujet des procédures de conciliation et il est vraisemblable qu'ils auront reçu plusieurs avertissements de l'agent responsable avant que la décision de mettre fin au contrat soit prise.

(5) *Y a-t-il danger de double condamnation abusive?*

Lorsque la rupture du contrat de conciliation est suivie d'une décision qui met fin à celle-ci et instaure la reprise des poursuites, l'inculpé est-il victime d'une «double condamnation» (double jeopardy) abusive? Si l'on admet que cette notion présente différents aspects, il est difficile d'estimer que le fait de reprendre les poursuites devant les instances criminelles dans de telles circonstances est contraire au principe qui veut que l'on ne puisse inculper deux fois une personne pour la même infraction. Il s'agit plutôt dans un tel cas d'une suspension de l'inculpation suivie d'une reprise.

Ce qui serait contraire à l'équité et à la politique des pouvoirs publics serait une reprise des poursuites devant les instances pénales lorsque l'accord de conciliation a été exécuté à la satisfaction de tous. Si une telle parodie de justice devait se produire, il semble qu'il n'y ait rien dans la loi actuelle qui puisse s'y opposer si l'on excepte le pouvoir qu'a la cour de s'opposer à un abus des voies de droit. Il semble peu probable cependant que les cours aient une compétence suffisamment élargie pour contrôler l'action de la Couronne afin d'éviter une mauvaise application de la justice et d'affirmer la confiance des personnes placées devant une procédure de conciliation. Ainsi que nous l'avons affirmé plus haut, c'est au pouvoir législatif qu'il revient de disposer du retrait de l'inculpation et d'interdire la possibilité de toutes nouvelles poursuites au titre de la même infraction lorsque l'accord de conciliation intervenu au stade de l'instruction préparatoire a été exécuté à la satisfaction de tous.

(6) *Existe-t-il un droit à un procès rapide?*

Si une inculpation est prononcée puis suspendue lors d'une procédure de conciliation, le délinquant peut-il protester du fait qu'il s'est vu refuser le droit d'être jugé promptement par l'intermédiaire d'un procès «rapide»? Il est difficile d'imaginer une telle protestation lorsque l'inculpé a de son plein gré choisi de se plier à une procédure venant elle-même se substituer au procès. Contrairement à celle des États-Unis, la constitution canadienne n'offre aucun droit à un procès rapide. Par contre, la loi encourage la Couronne à faire preuve de diligence dans les affaires de suspension de procédure, puisque cette suspension n'est valable que pour un an seulement. Si la procédure ne reprend pas dans ce délai, elle est réputée n'avoir jamais commencé.

(7) *Les règles de preuve s'appliquent-elles normalement aux accords de conciliation?*

Dans la mesure où ces règles visent à exclure du procès un certain nombre d'éléments de preuve, il ne doit y avoir aucun problème. Ces règles sont utiles dans le cadre de la procédure contradictoire du procès pénal mais leur application pourra être moins rigide lorsqu'il s'agit d'une médiation ou d'un règlement. D'autres instances de conciliation ou d'arbitrage dans le domaine du droit du travail, du droit de la famille ou du droit administratif semblent se tirer assez bien d'affaire lorsqu'il s'agit de déterminer si une preuve est admissible et pertinente compte tenu du problème juridique posé, sans se laisser prendre par des détails qui relèvent du juridisme.

Un problème se pose dans la mesure où les règles de preuve permettent que les déclarations effectuées dans le cours de la procédure de conciliation se retournent ensuite contre l'inculpé lors de poursuites pénales ultérieures. Si

l'esprit de la loi est d'encourager les accords ainsi que le respect des engagements pris, il ne faut pas le contrecarrer en adoptant sans restriction la règle qui veut que l'on admette les déclarations effectuées en cours de conciliation. Ce résultat pourra être obtenu en laissant à la discrétion du juge le fait d'exclure l'admissibilité d'une preuve dans certains cas, précisés d'ailleurs dans les documents de travail de la Commission portant sur les exceptions aux règles de la preuve.

(8) *L'inculpé ayant passé par une procédure de conciliation, devra-t-il avoir un casier judiciaire?*

Il est fondamental d'établir une distinction entre le fait pour la police de tenir un dossier judiciaire et le fait pour l'employeur ou pour un tiers de demander «avez-vous un casier judiciaire? ». Les gens reconnaissent généralement que la police sert l'administration de la justice lorsqu'elle garde un dossier des personnes reconnues coupables par les tribunaux et qu'il faut que les antécédents judiciaires de l'inculpé soient mis à la disposition de la cour lorsque celle-ci prononce sa sentence. De nombreuses personnes par contre ne souhaitent pas que s'établisse une discrimination à l'encontre d'une personne au niveau de l'emploi et de la vie professionnelle en général pour la simple raison qu'elle a déjà été condamnée.

Lors de la procédure de conciliation, il semble logique de ne recueillir que les données statistiques indispensables. Cela ne signifie pas que l'on doive par exemple ignorer le problème de la discrimination au niveau de l'emploi. De la même manière, les lois qui prévoient l'établissement d'un casier judiciaire devraient être révisées de manière à tenir compte des personnes qui ont fait l'objet d'une inculpation pour bénéficier ensuite d'une procédure de conciliation.

(9) *Comment assurer un même traitement pour tous en matière de conciliation?*

Comment peut-on faire en sorte que cette égalité soit assurée? L'inculpé a-t-il l'assurance que son cas a été envisagé de manière juste et équitable à l'heure de passer en conciliation? Au lieu de parler du «droit» à la conciliation, il serait peut-être utile d'examiner la position de tout inculpé en droit criminel. Depuis des années par exemple, la loi est appliquée de manière à encourager la probation, tout particulièrement dans le cas de délinquants primaires. Cela n'en donne pas pour autant au délinquant un «droit» à la probation, mais une telle politique exige du juge qu'il envisage cette mise à l'épreuve afin de la substituer éventuellement à la peine de prison et, lorsqu'il choisit cette dernière, de la justifier.

Les décisions, qu'il s'agisse d'instructions préparatoires ou de mesures postérieures à la condamnation, devraient être prises ouvertement, compte

tenu des politiques établies et dans le cadre de directives précises. Ce n'est que de cette manière que les décisions sont prises au grand jour et sont justifiables. Il est possible de dire qu'elles sont justifiables dans ce sens qu'il est possible de les contester en justice lorsqu'elles ne sont pas conformes aux politiques ou aux directives fixées ou lorsqu'elles sont prises en violation de celles-ci. En résumé, la décision doit être prise au grand jour afin d'être éventuellement révisée, ce qui devrait être le cas aussi de certaines décisions concernant la liberté surveillée et la correction du prévenu.

(10) *Les procédures de conciliation doivent-elles être publiques?*

L'un des grands principes de notre système juridique est le caractère public des procès. Un certain nombre d'exceptions ont été apportées à ce principe dans les affaires de mineurs et la publicité est restreinte dans d'autres cas particuliers. Par contre, l'instruction préparatoire se passe le plus souvent à huis clos. Toutefois, un accord de conciliation effectué à ce stade, du fait de l'opiniâtrie qu'il entraîne et du début de reconnaissance de culpabilité qu'il implique face à la justice pénale ne constitue pas une simple procédure de routine dans le cadre de l'instruction préparatoire. Le public a le droit de savoir quel est le préjudice subi non seulement par la victime mais aussi par la collectivité. Dans cet esprit, il est nécessaire que les faits soient portés à la connaissance du public. La nécessité d'une audience publique se justifie par ailleurs si l'on veut que le délinquant ou la victime soit traité équitablement dans le cadre de la conciliation.

S'il est indispensable de faire en sorte que les décisions prises le soient ouvertement et soient justifiables, il ne s'ensuit pas nécessairement que la procédure de conciliation doive se dérouler dans les faits en présence du public. La décision autorisant la procédure de conciliation doit être publique et justifiable. Il est difficile toutefois que les tractations elles-mêmes puissent se dérouler sous la lumière des projecteurs de télévision. En droit du travail et de la famille, les règlements sont élaborés habituellement en privé ou dans le cabinet d'un avocat. La décision autorisant la procédure de conciliation dans des affaires qui présentent un grand intérêt pour le public, devra être présentée de manière publique. Une fois que la procédure est mise en route, et qu'il s'agit de discuter des conditions de l'accord, il est difficile de voir où se trouve l'intérêt du public. Étant donné que la procédure proposée dépend par ailleurs à la fois du consentement de la victime et de celui du délinquant et qu'elle exige la présence d'un avocat, il est peu probable que les droits individuels puissent être bafoués par un règlement élaboré dans le cadre semi-privé d'un organisme social par exemple. En résumé, la Commission estime que la décision autorisant le renvoi d'une affaire en conciliation doit être prise au grand jour, de manière claire et justifiable, mais que la procédure elle-même et les tractations qui s'y déroulent puissent bénéficier d'un certain caractère privé.

(11) *Les programmes de déjudiciarisation sont-ils sources d'économies?*

On a dit très souvent que la déjudiciarisation était bon marché. On affirme qu'il est moins cher de passer par la conciliation que de poursuivre et de condamner devant les tribunaux. On affirme qu'il est moins cher d'instaurer une réinsertion dans la vie communautaire par l'intermédiaire de la probation que de recourir à la peine de prison. Des arguments avancés semblent plausibles. Il est bien difficile toutefois d'évaluer avec précision le coût d'un programme ou d'un service dans le cadre du système judiciaire.

Il est certain que si l'on veut que les programmes de déjudiciarisation soient réalisés avec succès, des dépenses considérables devront être engagées dans certains secteurs nouveaux, alors que la demande diminuera en d'autres points. Davantage d'argent devra être consacré à la formation des juges d'une part et à l'accroissement des effectifs du bureau du procureur d'autre part. Il faudra faire place à l'intérieur de la collectivité à des services comme la probation, l'aide à l'enfance, l'aide familiale, la formation de la main-d'œuvre, l'éducation spécialisée dans différents domaines, la santé et les services médicaux. C'est ainsi que les services de probation par exemple, ou les organismes de lutte contre la drogue et l'alcoolisme sont déjà surchargés dans certaines collectivités.

Dans une certaine mesure, il est possible de pallier le manque d'effectifs de certains de ces services en faisant davantage appel à des volontaires. Il faut encore que ces volontaires aient un endroit pour travailler, et qu'ils puissent être guidés et conseillés dans leur travail par des professionnels.

Les programmes de déjudiciarisation ne résoudront pas les problèmes qui sont cause de la criminalité; ils permettront seulement de mieux les identifier et de les traiter au niveau communautaire. Les programmes de déjudiciarisation doivent nous permettre de faire face à la criminalité de manière plus rationnelle, plus consciente, plus ouverte et plus sélective. Il revient donc aux gouvernements agissant sur la collectivité et sur les différents organismes concernés, d'apporter à ce problème une réponse intelligente et appropriée.

Conclusion

L'intérêt croissant que soulève la déjudiciarisation provient de plusieurs sources. Le public s'aperçoit chaque jour davantage avec consternation qu'une multitude de problèmes sociaux ne peuvent se traiter en recourant aux foudres du droit pénal. Parallèlement, nous nous rendons compte que la réhabilitation ne résout pas complètement le problème de la criminalité. De plus en plus nous nous apercevons que la criminalité a des racines sociales et que les condamnations doivent tenir compte non seulement du délinquant mais aussi de la collectivité et de la victime.

A mesure que la recherche éclaire davantage le rôle véritable du droit pénal, il apparaît clairement que les tribunaux et les institutions de correction n'ont pas réussi dans de nombreux cas à s'acquitter de la tâche qui leur a été confiée. La procédure contradictoire de la cour ne permet pas de traiter convenablement les affaires qui relèvent de la médiation ou de la conciliation. Les institutions de correction peuvent difficilement offrir des services ou une aide qui s'appuient sur la collectivité. La victime, le délinquant ou le témoin qui se voient confrontés à la justice pénale la trouvent souvent impersonnelle, décourageante et difficile à comprendre.

La recherche montre par ailleurs que la plupart des conduites que l'on pourrait qualifier de «criminelles» restent souvent à l'intérieur de la famille, de l'école, du lieu de travail ou des autres secteurs de la vie en collectivité. La police doit souvent rechercher des solutions de rechange, trouver les services sociaux et les organismes de santé susceptibles de prendre en charge des cas qui autrement aboutiraient devant les tribunaux. Les procureurs de la Couronne ont toute discrétion pour décider de renvoyer certaines affaires à la conciliation au stade préparatoire de l'instruction au lieu de les traduire directement devant les tribunaux. De plus en plus, ce genre de pratique est encouragé officiellement par l'intermédiaire de programmes ou de projets organisés ou par le truchement de la loi.

Il est donc indispensable d'envisager la déjudiciarisation non seulement parce qu'elle nous concerne dès maintenant et s'est déjà souvent imposée comme la norme, mais aussi parce que de telles méthodes permettent de donner davantage satisfaction aussi bien aux victimes qu'aux délinquants. L'ordre public à l'intérieur de la collectivité est davantage renforcé par la réconciliation du délinquant et de sa victime que par leur affrontement mutuel au cours d'un procès contradictoire. On pourrait exprimer les choses

de manière différente en disant que l'étude de la déjudiciarisation s'impose actuellement ne serait-ce que pour redécouvrir l'intérêt des solutions qui permettent aux délinquants et aux victimes de prendre en charge leurs propres différends au lieu de s'en remettre à l'État pour imposer un jugement dans chaque affaire.

Pour ce motif et pour d'autres raisons, les programmes de déjudiciarisation se sont multipliés en l'absence pratiquement de tout contrôle dans plusieurs juridictions et sont actuellement l'objet d'une attention particulière. Toutefois, dans la mesure où la déjudiciarisation est considérée comme un moyen de remplacer la peine de prison, cela peut se révéler une illusion. Ainsi que l'a déjà indiqué la Commission dans son document de travail sur l'emprisonnement, si l'on réduit la population des prisons, de nombreux délinquants emprisonnés à l'heure actuelle devront faire l'objet de sanctions exécutées à l'intérieur même de la collectivité en remplacement de la peine de prison. De nombreux programmes de déjudiciarisation se situent toutefois au niveau préparatoire de l'instruction et s'adressent à des jeunes dont les actes de délinquance ou de quasi-délinquance ne justifient pas de toute façon une peine de prison.

Certaines personnes considèrent par ailleurs la déjudiciarisation non seulement comme un moyen de diminuer le nombre de peines de prison mais aussi d'éviter simplement aux délinquants d'avoir maille à partir avec la justice. Là aussi il ne s'agit peut-être que d'une illusion à moins que les principes de mesure soient respectés. En vertu de la loi et de la jurisprudence actuelles, des affaires de délinquance et autres désordres mineurs restent à l'intérieur de la collectivité ou sont expédiés par la police et par la Couronne sans que des inculpations ne soient prononcées et sans qu'un procès ne soit mis sur pied. Certaines affaires sont classées et sont prises en charge par les parents, les organismes concernés ou les hôpitaux, ou sont réglées de manière non officielle sans être classées précisément dans les affaires criminelles. Le danger existe donc que la prolifération inorganisée des programmes de déjudiciarisation produise un effet contraire à celui que l'on attend d'eux: une intervention accrue et non diminuée de la justice pénale. En conséquence, il sera important de s'assurer que la procédure de conciliation au stade préparatoire de l'instruction sera appliquée dans des affaires qui seraient autrement passées devant les tribunaux. Même dans ce cas, le danger subsiste encore de voir la procédure de conciliation ne s'adresser qu'à des affaires qui auraient fait autrement l'objet d'une relaxe, d'une mise en liberté conditionnelle ou inconditionnelle, ou de la probation.

La procédure de conciliation dans le cas de certains jeunes délinquants leur permettra de pourvoir au dédommagement de la victime, tout en bénéficiant des possibilités de formation, d'emploi, de conseils ou «d'apprentissage de la vie» dont ils ont souvent grand besoin. Tout aussi positif est le

fait que la déjudiciarisation encourage la collectivité à soutenir l'action de la justice pénale d'une manière que l'on voyait rarement dans le système traditionnel. Les professionnels, para-professionnels, anciens délinquants, tous sont encouragés à favoriser l'action de la justice en matière pénale puisque cette action, grâce aux programmes de déjudiciarisation, s'appuie sur la collectivité.

Un des avantages de la déjudiciarisation est la possibilité qu'elle donne à la victime de participer à la solution du problème dont il est question. Si des relations suivies existaient entre la victime et le délinquant au moment des faits comme c'est le cas dans de nombreux crimes contre la personne ou la propriété, une procédure qui permet aux parties de se réunir et d'arriver à une entente satisfaisante avec l'aide d'un médiateur doit être préférée dans certains cas au débat contradictoire d'un procès en bonne et due forme.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la mise sur pied de programmes de déjudiciarisation entraînera un certain nombre de risques. Tant que les affaires classées par la police et par la Couronne ne s'appuieront pas sur des critères visibles et compris par tous, la tentation existera d'orienter vers la conciliation des affaires difficiles qui autrement se seraient réglées sans inculpation. Il est important en conséquence que la déjudiciarisation s'appuie fermement sur de solides principes de *sentencing* et s'inspire constamment d'un principe de mesure voulant que les pouvoirs publics justifient à chaque étape la poursuite des procédures.

En dépit des risques encourus, les avantages d'un mécanisme de conciliation et de règlement au stade préparatoire de l'instruction, tant du point de vue de la société, de la victime que du délinquant, méritent les encouragements. Un tel programme de conciliation, tenant compte du consentement des parties, des politiques et des directives expressément fixées en matière de décision, et placé sous le contrôle de la Couronne par des administrateurs compétents travaillant en collaboration avec des services communautaires doit être recommandé. Il est important que cette procédure soit utilisée équitablement et à ce propos il est recommandé qu'elle se déroule au grand jour et soit justifiable. La présence d'un avocat devrait être autorisée de manière à s'assurer que l'inculpé comprend bien toute la portée de ce qu'il s'engage à exécuter.

Sans aucun doute, les textes de loi vont encourager à l'avenir la mise sur pied de programmes de conciliation au stade préparatoire de l'instruction, même s'il est possible de parvenir à un même résultat par d'autres moyens: fixation de politiques ou déclarations d'intention. Quoi qu'il en soit, il est clair qu'un maximum d'expériences doit être effectué avant que l'établissement des politiques et des directives officielles donnent pleinement satisfaction. En outre, la déjudiciarisation va demander beaucoup aux services communautaires et entraîner une augmentation des effectifs et des budgets.

A titre de conclusion, il semble que le droit et la procédure pénale ne soient appelés qu'en tout dernier ressort à résoudre les problèmes sociaux. Lorsque l'on fait appel au droit pénal et aux peines prévues par la loi afin de régler les conflits et les désordres qui se produisent dans la société, il convient d'agir avec mesure et de prendre les décisions de poursuivre au grand jour, de manière claire et justifiable.